Die Höchstbetragshypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Rostock

eingereicht von

Wilhelm Radenberg,

Referendar in Düsseldorf.

Düsseldorf 1908.

Druck von C. Jesinghaus.

Die Höchstbetragshypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der Universität Rostock
eingereicht von

Wilhelm Radenberg,
Referendar in Düsseldorf.

ACAD. LUGD. HAG. BIBL.

Düsseldorf 1908.

Druck von C. Jesinghaus.

Referent:
Professor Dr. Bernhöft.

Meiner
lieben Frau.

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Einleitung . . . . . 1—2

II. Geschichtlicher Rückblick . . . . . 2—3

III. Die Höchstbetragshypothek nach geltendem Rechte . . . . . 4—74

1. Wesentliche Merkmale . . . . . 4—5
2. Hauptanwendungsfälle . . . . . 5—6
3. Entstehung der Höchstbetragshypothek . . . . . 7—13
4. Haftung des Grundstückes . . . . . 13—14
5. Veränderungen . . . . . 14—21
   A. Feststellung der Forderung . . . . . 14—18
   B. Umwandlung der Hypothek . . . . . 18—21
6. Uebertragung der Forderung und Uebertragung der Hypothek . . . . . 22—29
7. Forderungsauswechselung . . . . . 29—32
8. Wechsel in der Person des Gläubigers und in der Person des Schuldners . . 32—34
9. Gesetzlicher Uebergang der Höchstbetragshypothek auf den Eigentümer und auf andere Personen . . . . . 34—53
10. Verpfändung und Pfändung . . . . . 53—64
    A. Verpfändung und Pfändung der Höchstbetragshypothek 53—54
    B. Verpfändung und Pfändung der bei der Höchstbetragshypothek vorkommenden Eigentümergrundschuld . . . . . 54—64
11. Die Höchstbetragshypothek im Zwangsversteigerungsverfahren . . . . 64—69
12. Die Höchstbetragshypothek im Konkursverfahren . . . . . 69—70
13. Die Arresthypothek . . . . . 70—74

IV. Uebergangsbestimmungen . . . . . 74—76

Register . . . . . 77—79

I. Einleitung.

Die Höchstbetragshypothek verdankt ihr Dasein einem Ausgleiche zwischen dem im Hypothekenrechte herrschenden Spezialitätsprinzip und einem Bedürfnisse des wirtschaftlichen Verkehrs, auch solchen Forderungsverhältnissen, deren endgültiger Umfang sich im voraus nicht genau bestimmen läßt, die Vorteile der Sicherung durch den Grund und Boden zuzuwenden.

Das Spezialitätsprinzip, dessen immer strengerer Durchführung unser Hypothekenrecht seine hohe Vollkommenheit zu einem guten Teile verdankt, fordert unter anderem, daß ein Grundstück, an welchem Hypothek bestellt werden soll, jedesmal nur mit einer ganz bestimmten, aus dem Grundbuche ersichtlichen Geldsumme belastet werden darf [1]). Die Vorteile, ja die Notwendigkeit dieses Prinzips springen ins Auge, wenn man bedenkt, daß der Regel nach mehrere Gläubiger mit einander konkurrieren. Bei solcher Konkurrenz wären aber die nachstehenden Gläubiger gar nicht imstande, den Wert der ihnen verbleibenden Sicherheit zu berechnen, wenn sie nicht aus dem Grundbuche genau ersehen könnten, in welchem Umfange das Grundstück den vorhergehenden Gläubigern haftet.

Dem Spezialitätsprinzip konnte ohne Schwierigkeit Genüge geschehen, solange hypothekarische Sicherheit nur für solche Forderungen begehrt wurde, die ihrem Umfange nach von vorne herein bestimmt waren, z. B. für ein Darlehen, eine Kaufpreisforderung, eine Teilungsherausgabe und dergleichen. Es verschlug auch nichts, wenn diese Forderungen bedingt oder befristet waren; das konnte freilich in vielen anderen Beziehungen zu Schwierigkeiten Anlaß geben, mit dem Spezialitätsprinzip vertrug sich aber auch das ganz gut.

Erst in dem Augenblicke geriet dies Prinzip in Gefahr, als Forderungsverhältnisse von ganz anderer Art eine solche Bedeutung im wirtschaftlichen Leben erlangten, daß ihnen die Vorteile hypothekarischer Sicherung nicht vorenthalten werden durften. Der Bankier, der einem Kaufmanne Kredit gewährte, der Gutsbesitzer, der sein Gut auf viele Jahre hinaus einem Pächter überließ, der Staat, der einem Beamten die Verwaltung einer bedeutenden Kasse anvertraute, verlangten nicht weniger nach einer hypothekarischen Sicherung für die Forderungen, die ihnen aus diesen Verhältnissen erwachsen konnten, als der Geldmann für sein Darlehen oder der Verkäufer eines Grundstückes für den Restkaufpreis. Die Eigentümlichkeit aller jener Forderungsverhältnisse bestand darin, daß ihr Ergebnis sich nicht in einer bestimmten Geldsumme ausdrücken ließ. Bei dieser Sachlage ergab sich die Frage, wie es einzurichten

1) Die besonderen, bei der Gesamthypothek vorkommenden Verhältnisse bleiben hier, wie auch im weiteren Verlaufe dieser Abhandlung, außer Betracht.

sei, daß die bezeichneten Forderungsverhältnisse durch Bestellung von Hypotheken gesichert werden könnten, ohne daß doch mit dem praktisch nicht zu entbehrenden Spezialitätsprinzip gebrochen werden müßte.

Es hielt nicht allzuschwer, eine Antwort auf diese Frage zu finden. Wenn es auch nicht möglich war, das Ergebnis jener Forderungsverhältnisse schon von vorne herein mit Sicherheit anzugeben, so ließ es sich doch durch eine Schätzung wenigstens annähernd vorausbestimmen; zum mindesten konnte ein Höchstbetrag bezeichnet werden, den das Ergebnis nicht leicht übersteigen würde. Wurde dann das Grundstück, an dem Hypothek bestellt werden sollte, durch eine entsprechende Eintragung im Grundbuche mit diesem Höchstbetrage belastet, so konnten die nachstehenden Gläubiger den Wert der ihnen verbleibenden Sicherheit ebensogut berechnen, wie wenn das Grundstück mit einer von vorne herein bestimmten, der zu sichernden Forderung selbst gleichkommenden Geldsumme belastet worden wäre.

Man konnte also dadurch, daß man in der angegebenen Weise verfuhr, ein immer stärker werdendes Bedürfnis des Wirtschaftslebens befriedigen, ohne daß man doch die Vorteile des Spezialitätsprinzips preisgegeben hätte.

II. Geschichtlicher Rückblick.

Die vor dem Inkrafttreten des BGB. in den einzelnen Bundesstaaten geltenden Gesetze enthielten zum größten Teile Bestimmungen, die die Eintragung von Hypotheken, bei denen nur der Höchstbetrag der der Haftung des Grundstückes angegeben war, zuließen. Es gab damals bereits sogenannte „Kredit-" — „Kautions-" — „Ultimat-" — „Maximal-" — und „Sicherheits-Hypotheken", alles Rechtsgebilde, die als Vorläufer unserer Höchstbetragshypothek anzusprechen sind.

In der Mecklenburgischen „Hypothekenordnung für die ritterlichen Landgüter" vom 12. Oktober 1819 heißt es im § 31: „Wenn Ansprüche vorkommen, von deren Gegenstand der wirkliche Belauf noch unbekannt ist, so müssen die Interessenten dabei sich über ein in Zahlen auszudrückendes Quantum des Ultimatums der Schuld eins sein, oder gerichtliche Bestimmung erwirkt haben. Eher kann keine Einschreibung geschehen." [1]) Hier hat das Prinzip der Höchstbetragshypothek wohl zum ersten Male gesetzlichen Ausdruck gefunden. In den Gesetzen der meisten übrigen Staaten finden sich ähnliche Bestimmungen, so im § 19 des Bayrischen Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 im § 389 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches vom 1. März 1865, im § 14 des Oesterreichischen allgemeinen Grundbuchgesetzes vom 25. Juli 1871 und endlich auch im § 24 des Preußischen Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872.[2])

Damit sind aber auch die Bestimmungen der genannten Gesetze über die Höchstbetragshypothek erschöpft. Nur das zuletzt genannte, jüngste Gesetz widmet dieser Hypothek noch eine weitere Vorschrift, den § 67,

1) Ebenso der § 11 der „Domanial-Hypothekenordnung für Mecklenburg-Schwerin" vom 2. Januar 1854 und § 13 der „Revidierten Stadtbuchordnung" vom 21. Dezember 1857 Vgl. von Meibom „Mecklenburgisches Hypothekenrecht" Seite 130 Anmerkung 27.
2) Vgl. im übrigen Roth „System des Deutschen Privatrechtes" § 301, insbesondere Anmerkung 5.

durch den die Anwendung der Bestimmungen über die Eigentümerhypothek auf die Höchstbetragshypothek ausgeschlossen wird. Im übrigen blieb die Ausbildung dieses Rechtinstitutes der Wissenschaft und der Rechtsprechung überlassen; kein Wunder, da es sich um ein neues, noch unerprobtes Rechtsgebilde handelte, an dessen Ergründung und feinerer Ausbildung erst viele Köpfe ihr Heil versuchen mußten, ehe das Gesetz die Ergebnisse aller dieser theoretischen und praktischen Bemühungen in knappen Sätzen zusammenfassen konnte.

Auf diese Ergebnisse hier näher einzugehen, würde wenig Nutzen bringen, weil wir durch die Art, wie unser geltendes Recht die Höchstbetragshypothek geregelt hat, in der Hauptsache zu ganz anderen Ergebnissen gelangen, als das bisherige Recht, weil uns überdies erst jetzt eine Reihe von Fragen gestellt sind, die nach der bisherigen Gesetzgebung gar nicht aufgeworfen werden konnten. Der Grund für diese Erscheinung liegt vor allen Dingen in der grundsätzlichen Neuerung, daß nach unserem BGB. die Vorschriften über die Eigentümerhypothek auf die Höchstbetragshypothek Anwendung finden.

Daß das Preußische Eigentumserwerbsgesetz gerade das Gegenteil bestimmte, ist oben bereits gesagt worden. Den meisten anderen Gesetzen war der Begriff der Eigentümerhypothek, der im Preußischen Rechte entstanden ist, in unserem BGB. aber seine vollkommenste Ausbildung gefunden hat, überhaupt unbekannt. Doch enthielten auch die anderen Gesetze Rechtseinrichtungen, durch die, ähnlich wie in Preußen durch das Gebilde der Eigentümerhypothek, solche Hypotheken, die der Sicherung eines Gläubigers nicht mehr dienten, zur Verfügung des Eigentümers gestellt wurden, was zur Folge hatte, daß die nachstehenden Gläubiger nicht vorrücken konnten. So gaben beispielsweise das bayrische und ähnlich das sächsische Recht dem Eigentümer unter gewissen Umständen die Befugnis, eine erloschene, im Grundbuche aber noch nicht gelöschte Hypothek auf einen neuen Gläubiger umzuschreiben. Obwohl nun diese Gesetze nicht ausdrücklich vorschrieben, daß diese Regel bei einer Höchstbetragshypothek nicht gelten solle, so herrschte doch allerseits Einverständnis darüber, daß dies nicht möglich sei [3])

Welche Bedeutung es für die Höchstbetragshypothek hat, ob die Vorschriften über die Eigentümerhypothek auf sie Anwendung finden, oder nicht, wird sich erst im weiteren Verlaufe unserer Darstellung ergeben. Soviel ist aber hier schon klar, daß infolge der Verschiedenheit der Gestaltung, die die Höchstbetragshypothek in diesem Punkte im alten und im neuen Rechte gefunden hat, die Wissenschaft und Praxis des früheren Rechtes nur sehr wenig zur Erläuterung unseres Gegenstandes, der Höchstbetragshypothek des BGB., beitragen kann. Wir sind daher zur Erkenntnis des Wesens und der Eigenschaften dieses Rechtsgebildes fast ganz auf unser neues Recht allein angewiesen.

3) Vgl.: Für das bayrische Recht Ferd. Regelsberger. „Das bayrische Hkpothekenrecht" dritte Auflage Seite 275 und 283. Für das sächsische Recht G. Siegmann. „Das Königliche sächsische Hypothekenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen" Seite 118 und 126.

III. Die Höchstbetragshypothek nach geltendem Rechte.

1. Wesentliche Merkmale.

Die Höchstbetragshypothek ist durch ihre Stellung im System des BGB. als eine Unterart der Sicherungshypothek gekennzeichnet. Sie ist eine sogenannte „notwendige Sicherungshypothek", die gar nichts anderes, als eine Sicherungshypothek sein kann. Dies ergiebt sich insbesondere auch aus der Bestimmung des § 1190 Absatz 3 BGB., wonach sie als Sicherungshypothek gilt, wenn sie im Grundbuche auch nicht als eine solche bezeichnet worden ist. Daraus folgt, daß die Höchstbetragshypothek stets eine Buchhypothek ist, und daß die Erteilung eines Hypothekenbriefes bei ihr ausgeschlossen ist. Dagegen folgt nicht erst daraus, daß die durch sie gesicherte Forderung den öffentlichen Glauben des Grundbuches nicht genießt. Mit Recht macht Cohn [1]) darauf aufmerksam, daß § 1185 BGB., soweit er die Geltung von § 1138 BGB. für die Sicherungshypothek ausschließt, für die Höchstbetragshypothek ohne Bedeutung ist, weil hier gar keine bestimmte Forderung eingetragen ist, auf die der öffentliche Glaube des Grundbuches Anwendung finden könnte.

Die Höchstbetragshypothek ist weiterhin gemäß § 1190 Abs. 1 Satz 1 BGB. eine Hypothek, bei der „nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten" ist.

Damit sind die beiden für die Höchstbetragshypothek wesentlichsten Merkmale angegeben, von denen das erste die Eigenart dieser Hypothek dritten Personen gegenüber klar hervortreten läßt, während das zweite für das innere Verhältnis zwischen den beiden an der Hypothek unmittelbar beteiligten Personen, dem Grundstückseigentümer und dem Gläubiger, eine entscheidende Bedeutung hat.

Das erste der beiden soeben angegebenen Merkmale der Höchstbetragshypothek bedeutet keine Neuerung. In ganz ähnlicher Weise haben bereits die früheren Gesetze bei ihren „Kautions-, „Kredit-" und „Ultimat-Hypotheken" die Angabe eines Höchstbetrages der Haftung gefordert, wodurch nicht der wirkliche Belauf der gesicherten Forderung, vielmehr nur die oberste Haftungsgrenze des belasteten Grundstückes zum Ausdrucke gebracht werden sollte. Weshalb eine derartige Bestimmung gefordert werden mußte, wie dadurch dem Spezialitätsprinzip Genüge geleistet wurde, ist in der Einleitung dargelegt worden.

Ganz anders verhält es sich mit dem an zweiter Stelle angeführten Merkmale, dies findet in den bisherigen Gesetzen kein Vorbild. Vielmehr unterscheidet sich die Höchstbetragshypothek durch den Vorbehalt der Feststellung der Forderung von allen Formen der früheren Hypothekenrechte in nicht geringerem Grade, als von denen des gegenwärtigen. In diesem Merkmale ist, wie im weiteren Verlaufe unserer Darstellung immer stärker hervortreten wird, das eigentliche gestaltende Prinzip der Höchstbetragshypothek zu erblicken, aus dem alle Folgesätze, mögen sie im Gesetze aus-

1) Vgl. Cohn Seite 25.

drücklich angegeben sein, oder nicht, mit einer gewissen Notwendigkeit sich ableiten lassen.

Die Vorläufer der Höchstbetragshypothek in den früheren Gesetzen waren gewissermaßen Notbehelfe; sie dienten nur einem einzigen, ganz bestimmten Zwecke, dem nämlich, hypothekarische Sicherung für Forderungen von unbestimmten Betrage zu gewähren. Sie waren so gestaltet, daß ihre Anwendung in anderen Fällen, wenn es sich nicht darum handelte, den soeben bezeichneten Zweck zu erreichen, ausgeschlossen war. Ganz anders verhält es sich mit der Höchstbetragshypothek; sie gestattet nach der Art, wie sie im BGB. begrifflich bestimmt worden ist, auch eine Anwendung über ihren eigentlichen Zweck hinaus.

Nicht das ist mehr entscheidend, daß der Umfang der Forderung unbestimmt ist, d. h. nicht bestimmt werden kann, es kommt vielmehr lediglich darauf an, daß die Parteien, die sich über die Bestellung einer Höchstbetragshypothek geeinigt haben, den Umfang der gesicherten Forderung nicht bestimmen wollen. Damit ist dem Grundbuchrichter ein sicheres, der Nachprüfung nicht mehr bedürfendes Merkmal angegeben, woran er mit Bestimmtheit erkennen kann, ob im einzelnen Falle eine Höchstbetragshypothek oder eine Hypothek von anderer Art eingetragen werden soll.[1]) Es wird freilich selten genug vorkommen, daß ein Gläubiger, dem eine bestimmte Forderung zusteht, sich damit einverstanden erklärt, daß ihm zur Sicherung dieser Forderung statt einer Verkehrs- oder doch Sicherungshypothek eine Höchstbetragshypothek bestellt wird.

Auf der anderen Seite nötigt auch die wirkliche Unbestimmtheit der Forderung, die gesichert werden soll, die Parteien keineswegs dazu, gerade die Form der Höchstbetragshypothek zu wählen. Wenn dem Gläubiger die Vorteile einer anderen Hypothekenart gewährt werden sollen, und der Eigentümer die Gefahren derselben nicht scheut, so können die Parteien auch eine Sicherungs- oder eine Verkehrshypothek zur Sicherung einer solchen Forderung von unbestimmtem Betrage bestellen. [2]) Das geschieht denn auch in ziemlich weitem Umfange, weil man dadurch die Nachteile, die eine Höchstbetragshypothek mit sich bringt, ausgleichen will, vor allen Dingen den, daß sie, wie später zu zeigen ist, der vorläufigen Vollstreckbarkeit entbehrt. [3])

2. Hauptanwendungsfälle.

Bei dieser Sachlage lassen sich Forderungsverhältnisse, die auf keine andere Weise, als durch eine Höchstbetragshypothek hypothekarisch gesichert werden könnten, oder die allein einer derartigen Sicherung zugänglich wären, natürlich nicht angeben. Es giebt aber immerhin eine Reihe von Forderungsverhältnissen, bei denen es die Natur der Sache mit sich bringt, daß sie der Regel nach durch eine Höchstbetragshypothek gesichert werden.

1) Vgl. Motive Seite 621; Turnau Förster S. 1015 f Erl. I zu § 1190.
2) Vgl. RG. 60 Seite 243 ff., 8. März 1905; Urt. des Reichsgerichts vom 27. April 1907 im Recht 1907 Seite 700 No. 1445; Hachenburg in der DJZ. 1906 Seite 296; Planck Seite 524 Erl. 5 zu § 1113.
3) Vgl. Merkens in der ZDNV. 1905 Seite 541 ff., insbesondere Seite 550 ff., 555 ff., 558 ff., und 563 ff.; Oberneck Seite 964. No. 12.

So findet diese Hypothek insbesondere in allen den Fällen Anwendung, in denen die Forderungen aus einem Krediteröffnungsvertrage hypothekarisch gesichert werden sollen, den beispielsweise ein Bankier mit einem Kaufmanne, oder ein Fabrikant mit seinem Abnehmer geschlossen hat. Es wird ferner häufig dann eine Höchstbetragshypothek bestellt, wenn die Forderungen des Verpächters aus einem Pachtvertrage oder die des Rentenempfängers aus einem Leibrentenvertrage sicher gestellt werden sollen. Die Höchstbetragshypothek dient auch wohl zur Verstärkung der Haftung eines Bürgen, auf der anderen Seite aber auch zur Sicherung des Rückgriffsrechtes des Bürgen gegen den Hauptschuldner (§ 774 BGB.). Sie findet weiterhin bei allen möglichen Gesellschafts- und Gemeinschaftsverhältnissen Anwendung, wo die Ansprüche des einen Gesellschafters oder Gemeinschafters gegen den andern durch sie gesichert werden können. Auch Schadenersatzansprüche, die dem Grunde nach nicht bestritten werden, ihrer Höhe nach aber nicht feststehen, können durch sie einstweilen sicher gestellt werden.

Weiterhin macht Perls [1]) auf eine Reihe von Ansprüchen aufmerksam, die in ihrer Höhe von den Schwankungen des Kurses abhängig sind und deshalb, wenigstens zu einem Teile ihres Betrages, durch Bestellung einer Höchstbetragshypothek gesichert zu werden pflegen. Es kommt hier insbesondere der Fall in Betracht, daß eine Landschaft oder eine Hypothekenbank ihre Darlehensschuldner verpflichtet, die empfangenen Darlehen anstatt in barem Gelde in Pfandbriefen des betreffenden Institutes und zwar zum Nennwerte zurückzuzahlen. In solchem Falle werden regelmäßig zwei Hypotheken bestellt, eine Verkehrshypothek in Höhe der empfangenen Darlehenssumme, und eine Höchstbetragshypothek zur Sicherung der Gläubigerin für den Fall, daß ihre Pfandbriefe im Kurse steigen. Und zwar deshalb, weil dies zur Folge hat, daß ein größerer Betrag als die Darlehenssumme zur Anschaffung von Pfandbriefen aufgewendet werden muß, deren Nennwert dieser Summe gleichkommt.

Die Höchstbetragshypothek ist auch dann die geeignetste Form, wenn Zinsen als solche, unabhängig von einer Kapitalforderung, hypothekarisch gesichert werden sollen; [2]) ferner dann, wenn Nebenleistungen dieser Sicherung teilhaftig werden sollen, trotzdem ihr Betrag von vorne herein unbestimmt ist, sodaß ihre Eintragung als Anhängsel der Hauptforderung nach Maßgabe des § 1115 Abs. 1 BGB. ausgeschlossen ist. Ebenso findet die Höchstbetragshypothek in allen den Fällen Anwendung, in denen Sicherheit geleistet werden muß. Dies wird am ehesten dann praktisch, wenn von einem Nießbraucher (§ 1051 BGB.), einem Ehemanne (§ 1391 BGB.), einem Vormunde (§ 1844 BGB.), oder einem Vorerben (§ 2128 BGB.) Sicherheitsleistung gefordert wird, nicht minder aber auch dann, wenn ein Beamter für die Führung seines Amtes Sicherheit leisten muß. Endlich gehört auch die Arresthypothek hierher, da auch bei ihr ein Höchstbetrag der Haftung im Grundbuche eingetragen werden muß.

---

1) Vgl. Perls in Iher-J. Bd. 45 Seite 216, 220 und 225 ff.; Oberneck Seite 708, 714 Abs. 2 und 718 f.; Planck Seite 534 Erl. 5 zu § 1115.
2) Vgl. Urt. des Kammergerichts vom 22. Juni 1903 im ZBlFG. Bd. 4 Seite 733 No. 720.

3. Entstehung der Höchstbetragshypothek.

Die Höchstbetragshypothek entsteht, wie jede andere Grundstücksbelastung, der Regel des § 873 BGB. entsprechend, durch Einigung und Eintragung.

Während ohne Eintragung eine Höchstbetragshypothek keinesfalls entstehen kann, wird die Einigung zu ihrer Entstehung nicht immer gefordert; so entstehen die gemäß § 932 ZPO. einzutragende Arresthypothek, sowie die nach § 54 FGG. „an Grundstücken eines Vormundes, Beistandes oder Pflegers" einzutragende Höchstbetragshypothek ohne voraufgegangene Einigung. Im ersten Falle wird die Einigung durch den Arrestbefehl, im zweiten durch das Ersuchen des Vormundschaftsgerichtes um Eintragung ersetzt.

Dagegen ist in allen Fällen rechtsgeschäftlicher Bestellung einer Höchstbetragshypothek die Einigung des Grundstückseigentümers und des Gläubigers unbedingt erforderlich. Dabei ist es gleichgültig, ob die Einigung der Eintragung voraufgeht, was die Regel bilden wird, oder ob sie ihr folgt.

Zu der hier in Betracht kommenden Einigung wird zweierlei gefordert: Einmal, daß die Parteien darüber eins geworden sind, daß gerade eine Höchstbetragshypothek, also eine solche Hypothek bestellt werden soll, bei der die Feststellung der zu sichernden Forderung vorbehalten, und nur ein, die Haftung des Grundstückes begrenzender Höchstbetrag festgesetzt wird. Ferner müssen sich die Parteien auch darüber geeinigt haben, welche Art von Forderungen der Sicherung durch die Hypothek teilhaftig werden soll.

Wenn „die Feststellung der Forderung" auch vorbehalten bleibt, so heißt das doch nicht, daß die Parteien bei der Bestellung der Hypothek sich darüber gar keine Gedanken zu machen hätten, welche Forderungen denn einmal durch die Hypothek gesichert werden sollen, und daß sie dies alles ihrer späteren Entschließung vorbehalten könnten. Jedenfalls müssen sie über soviele, den Kreis der zu sichernden Forderungen bestimmende Punkte sich geeinigt haben, daß es sich später von jeder einzelnen Forderung mit Bestimmtheit ermitteln läßt, ob sie diesem Kreise angehört, oder nicht. Freilich könnte die allgemeine Fassung der Gesetzesregel zu der entgegengesetzten Auffassung verführen. Daß aber unsere Auffassung die richtige ist, ergiebt sich aus folgenden Gründen:

Im 1. Entwurf spricht der unserem § 1190 BGB. entsprechende § 1129 nur von einem Vorbehalte der Feststellung des Betrages der Forderung. Ohne ersichtlichen Grund ist dann im § 1096 des 2. Entwurfes das einschränkende Wort „des Betrages" weggefallen. Wäre damit eine Aenderung der Gesetzesbestimmung bezweckt worden, so hätte dieselbe bei ihrer Bedeutsamkeit jedenfalls einer näheren Erklärung bedurft. Da eine Erklärung fehlt, so wird man annehmen dürfen, daß durch diese Aenderung lediglich ein überflüssiger Zusatz beseitigt werden sollte. Dafür, daß es nicht wohl anders sein kann, spricht die folgende Ueberlegung: Wäre ein völlig schrankenloser Vorbehalt der Feststellung der Forderung erlaubt, so würde die doch irgend wann einmal erforderliche Feststellung der Forderung von der völligen Willkür der dabei in Betracht kommenden Personen abhängen, und es wäre ganz unmöglich, eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen, wenn die Parteien sich nicht einigen könnten.

Mit anderen Worten, eine wirkliche Willenseinigung der Parteien wäre garnicht zustande gekommen, und es wäre statt der Feststellung der Forderung in der Tat die Willenseinigung der Parteien über diesen Punkt vorbehalten worden.

Wir kommen somit zu dem Schlusse, daß die zur Bestellung einer Höchstbetragshypothek erforderliche Einigung der Parteien zweierlei betreffen muß, einmal die Art der zu bestellenden Hypothek, zum anderen aber auch die Art der Forderungen, die durch die Hypothek gesichert werden sollen. Ist eine Einigung in diesen beiden Punkten nicht zustande gekommen, oder entspricht die Einigung der Eintragung nicht, indem die Parteien sich etwa über die Bestellung einer Verkehrshypothek geeinigt hatten, während eine Höchstbetragshypothek eingetragen worden ist, so ist überhaupt keine gültige Hypothek zustande gekommen, und die Eintragung im Grundbuche ist löschungsreif. Sie kann freilich noch immer durch eine nachfolgende, ihrem Inhalte entsprechende Einigung zu einer vollgültigen Hypothek werden.

Zur Einigung muß, wie bereits hervorgehoben worden ist, eine entsprechende Eintragung hinzukommen. Es fragt sich nun, was zu dieser Eintragung gehört. § 1190 Abs. 1 Satz 2 BGB. schreibt vor: „Der Höchstbetrag muß in das Grundbuch eingetragen werden". Das bedeutet zweierlei: Einmal, daß die Summe des Höchstbetrages im Grundbuche angegeben werden muß, zum anderen aber auch, daß der besondere Charakter dieser Summe, als eines Höchstbetrages der Haftung, deutlichen Ausdruck im Grundbuche finden muß, ohne daß gerade der Gebrauch des Wortes „Höchstbetrag" zu fordern wäre.

Darüber, daß von der Befolgung der angegebenen Gesetzesvorschrift der materielle Bestand der Höchstbetragshypothek abhängt, herrscht in der Litteratur Einigkeit.[1]) Bei einem Verstoße hiergegen ist die Hypothek nichtig, und vom Grundbuchamte gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. von Amtswegen zu löschen. Es wird dabei freilich mit Biermann[2]) die Einschränkung gemacht werden müssen, daß, wenn die Summe des Höchstbetrages im Grundbuche eingetragen worden ist, und nur das nicht zum Ausdrucke gekommen ist, daß diese Summe den Höchstbetrag der Haftung darstellt, die Hypothek in der Hand eines gutgläubigen Dritten gemäß §§ 892 und 1138 BGB. zu einer vollgültigen Verkehrshypothek werden kann.

Noch eine zweite, die Eintragung betreffende Vorschrift enthält § 1190 BGB. Er bestimmt nämlich in seinem dritten Absatze, daß die Höchstbetragshypothek, die der Regel des § 1184 Absatz 2 BGB. gemäß als Sicherungshypothek im Grundbuche bezeichnet werden muß, als solche auch dann gilt, wenn diese Bezeichnung unterblieben ist: offenbar deshalb, weil infolge der Eintragung eines Höchstbetrages der Haftung der Charakter der Hypothek als einer Sicherungshypothek, im Gegensatze zur festen Hypothek, ohne weiteres hervortritt.

Eine dritte Regel für die Eintragung ist mittelbar aus dem zweiten Absatze des § 1190 BGB. zu entnehmen, nach dessen Bestimmung die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet werden. Bei dieser Sachlage darf der zwischen den Parteien etwa festgesetzte Zinssatz nicht in das Grundbuch

1) Vgl. Rspr. 14 S. 126., O. Braunschweig 4. Okt. 1906.
2) Vgl. Biermann S. 416 f. Anm. 1 zu § 1190.

einegtragen werden, da hierdurch die Haftung des Grundstückes über den Höchstbetrag hinaus erweitert werden würde, was durch die angeführte Bestimmung gerade vermieden werden soll. Im § 1129 Absatz 2 Satz 2 des 1. Entwurfes war dies ausdrücklich gesagt, mit der Begründung, daß sonst „die Eintragung des Höchstbetrages ihren Zweck nur unvollkommen erreichen" würde.[3]) Wenn man später diese Bestimmung weggelassen hat, so ist das offenbar deshalb geschehen, weil sie als notwendige, nicht erst auszusprechende Folge der Vorschrift des § 1190 Abs. 2 BGB. erschien. Man wird mit Planck[4]) annehmen müssen, daß den Zinsen „andere Nebenleistungen wegen der Gleichheit des Grundes in diesem Punkte gleichzustellen sind". Wird trotzdem der Zinssatz ins Grundbuch eingetragen, so hat das freilich die Nichtigkeit dieses Teiles der Eintragung zur Folge. Doch wird man dem Kammergerichte und Fuchs[5]), der mit Recht den § 139 BGB. heranzieht, darin beistimmen müssen, daß die Nichtigkeit der Eintragung des Zinssatzes nicht die Nichtigkeit der ganzen Eintragung nach sich ziehen muß.

Es fragt sich weiter, ob auch die Forderung, die durch die Höchstbetragshypothek gesichert werden soll, im Grundbuche bezeichnet werden muß, wenn nicht ausdrücklich, so doch mindestens durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Darin, daß eine derartige Bezeichnung zweckmäßig und empfehlenswert ist, stimmen alle überein, da eine solche Bezeichnung eine große Beweiserleichterung für den Gläubiger bedeutet und überhaupt künftigem Streite vorbeugt. Darüber aber, ob eine solche Bezeichnung durch das Gesetz geradezu gefordert wird, gehen die Meinungen auseinander.

Die einen[6]) halten die Bezeichnung der Forderung unter allen Umständen für unwesentlich. Andere[7]) fordern der Regel nach die Bezeichnung, halten sie aber dann für überflüssig, wenn die Hypothek zur Sicherung aller Forderungen bestimmt ist, die dem Gläubiger gegen den Schuldner zustehen und in Zukunft zustehen werden. Eine dritte Gruppe von Schriftstellern[8]) endlich fordert in jedem Falle eine Bezeichnung der Forderung im Grundbuche.

Wir möchten uns für die zuletzt angeführte Ansicht entscheiden, und zwar aus folgenden Gründen: Der Paragraph, aus dem für alle Arten von Hypotheken zu entnehmen ist, was zu ihrer Eintragung gefordert wird, ist § 1115 BGB. In seiner Anwendung auf die Höchstbetragshypothek leidet er nur zwei Ausnahmen; einmal ist hier statt des „Geldbetrages der Forderung" „der Höchstbetrag" einzutragen, zum anderen ist es bei der Höchstbetragshypothek aus dem oben angegebenen Grunde

3) Vgl. Mot. S. 767 unten f.; Prot S. 689 unten f., S. 713 b.
4) Vgl. Planck S. 713 Erl. 2 b zu § 1190
5) Vgl. RJA 7 S. 74, Urteil des Kammergerichts vom 11. Januar 1906; Fuchs S. 620 Erl.8 zu § 1190.
6) Vgl. Planck Seite 712 f Erl. 2 a zu § 1190; Kober Seite 523 Erl. 2 a zu § 1190; Endemann S. 880; Achilles-Strecker S. 61; Huth im ZBlFG. Bd. 6 S. 175 ff.; Cohn S. 15 ff; O. Braunschweig a. a. O. Vgl. auch den die Höchstbetragshypothek betreffenden Eintragungsvermerk in dem der Allg. Vfg. des Preuß. Justiz Min. vom 20 November 1899 als Muster beigefügten Formulare.
7) Vgl. Biermann S. 417 Erl. 1 zu § 1190; Oberneck S. 955; Turnau-Förster S. 1019 Erl. 6 zu § 1190; Güthe S. 81 No. 19; Willenbücher S. 254 No. 5; Gierke S. 907 Anm. 44; KGJ. 23 A S. 237 ff., 30. Dezember 1901.
8) Vgl. Boehm S. 294 Erl. II zu § 1190; Kretzschmar S. 602; Maenner S. 390 Anm. 19; Fuchs S. 619 Erl. 5 zu § 1190; Hecking S. 16 f.

nicht zulässig, den Zinssatz und den Geldbetrag anderer Nebenleistungen einzutragen. Davon aber, daß auch die die Bezeichnung der Forderung im Grundbuche betreffende Vorschrift des § 1115 BGB. von der Anwendung auf die Höchstbetragshypothek ausgeschlossen wäre, ist nirgends etwas gesagt. Es nötigt auch die besondere Art dieser Hypothek keineswegs, wie manche meinen, zu einer derartigen Annahme.

Wenn Planck die Richtigkeit der zuerst angeführten Ansicht darauf gründet, daß nach § 1190 BGB. bei der Höchstbetragshypothek „die Feststellung der Forderung vorbehalten wird", so verkennt er den Zweck dieser Bestimmung, durch die nicht etwa der notwendige Umfang der Eintragung eingeschränkt, vielmehr nur die besondere Art der bei der Höchstbetragshypothek zulässigen Einigung geregelt werden soll. Trotz dieses Vorbehaltes müssen die Parteien, wie wir oben ausgeführt haben, sich über den Kreis der zu sichernden Forderungen, mag dieser ein noch so weiter sein, einigen.[9]) Damit ist aber eine, wenn auch weitläufige, so doch bestimmte Begrenzung der Forderung gewonnen, die für die Höchstbetragshypothek keine geringere Bedeutung hat, als die individuell bestimmte Angabe der Forderung bei der Verkehrs- oder Sicherungshypothek. Diese Begrenzung, durch die die zu sichernde Forderung, wenigstens mittelbar, generell bestimmt wird, muß daher ebenso notwendigerweise im Grundbuche verlautbart werden — wenn auch nur durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung — wie bei den soeben genannten anderen Hypothekenarten die unmittelbar bestimmte Forderung selbst. Geschieht das nicht, so verfällt die Hypothek dem Schicksale der Nichtigkeit, denn zu ihrer Entstehung wird neben der Einigung die Eintragung gefordert, und zwar in dem Umfange, den das Gesetz durch § 1115 BGB. für alle Arten von Hypotheken ausdrücklich vorschreibt.

Nicht minder unrichtig als die soeben bekämpfte, ist die zweite Ansicht, die wenigstens dann, wenn die Hypothek zur Sicherung aller dem Gläubiger gegen den Schuldner jetzt und in Zukunft zustehenden Forderungen bestimmt ist, eine Verlautbarung der Forderung im Grundbuche für überflüssig hält. Es ist nicht einzusehen, weshalb in dem Falle, daß eine Hypothek zur Sicherung aller Forderungen aus einer bestimmten Geschäftsverbindung bestellt wird, die Verlautbarung der Begrenzung der Forderungen im Grundbuche bei Strafe der Nichtigkeit der Hypothek gefordert wird, während bei einer Hypothek zur Sicherung aller dem Gläubiger jetzt oder in Zukunft gegen den Schuldner zustehenden Forderungen eine solche Verlautbarung nicht notwendig sein soll. Denn auch im letzten Falle ist der Kreis der Forderungen begrenzt, weil es doch auch möglich wäre, die Hypothek zur Sicherung aller dem Gläubiger gegen eine Reihe verschiedener Schuldner jetzt oder künftig zustehenden Forderungen zu bestellen, weil ferner der Ausdruck „zur Sicherung aller Forderungen" immer cum grano salis zu nehmen ist, und durch allerlei Nebenumstände irgend eine nähere Begrenzung im einzelnen Falle jedesmal erhält. Da es sich somit um völlig gleichartige Verhältnisse handelt, so ist eine verschiedene Behandlung derselben ungerechtfertigt. Wir kommen daher zu dem Schlusse, daß bei der Höchstbetragshypothek in gleicher Weise wie bei jeder anderen Hypothek die durch sie gesicherte Forderung im Grundbuche, wenigstens mittelbar, be-

9) Vgl. Planck a. a. O.

zeichnet werden muß.

Zwei weitere, nicht die Einigung oder die Eintragung gesondert, vielmehr die Bestellung der Höchstbetragshypothek überhaupt betreffende Fragen müssen hier noch erörtert werden:

In einem Beschlusse des Kammergerichts vom 17. Juni 1901[10]) wird die Behauptung aufgestellt: „eine Sicherungshypothek im Sinne des § 1190 BGB. kann gleichzeitig zur Sicherung mehrerer Gläubiger dergestalt bestellt werden, daß die Hypothek nur dann und insoweit für die Forderungen aus dem an die zweite Stelle gesetzten Schuldverhältnisse in Betracht kommt, wenn und insoweit die endgültig festgestellten Forderungen des an die erste Stelle gesetzten Gläubigers hinter dem Höchstbetrage der Sicherungshypothek zurück bleiben."

Diese Behauptung hat freilich manchen Beifall[11]), auf der anderen Seite aber auch starken Widerspruch gefunden.[12]) Das Kammergericht bringt zur Begründung seiner, zum mindesten doch ungewöhnlichen Behauptung nichts weiter vor, als den Satz: „der § 1190 BGB. verlangt nur, daß der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt wird. Diesem Erfordernis ist aber, auch wenn die Sicherungshypothek für die Forderungen mehrerer Gläubiger nacheinander haften soll, durch Eintragung eines Betrages als Höchstbetrag genügt."

Wenn es nicht den Anschein gehabt hätte, daß durch die Kammergerichtsentscheidung einem oft hervortretenden Verkehrsbedürfnisse auf eine bequeme Art abgeholfen wäre, so hätte eine so schwach begründete Behauptung wohl kaum solchen Beifall gefunden. Nach der Begründung des Kammergerichts sollte man fast annehmen, daß die sämtlichen, die Gestaltung der Höchstbetragshypothek bestimmenden Rechtsregeln aus § 1190 BGB. entnommen werden könnten, als ob nicht die große Zahl der, alle Arten von Hypotheken betreffenden Vorschriften, mit Ausnahme der wenigen, durch § 1185 BGB. ausdrücklich ausgeschlossenen Paragraphen, auch für die Höchstbetragshypothek maßgebend wären. Wäre die Entscheidung des Kammergerichts richtig, die übrigens, wie Eccius mit Recht hervorhebt, auch für jede andere Hypothekenart gelten müßte, so wäre eine Hypothek möglich, die zu gleicher Zeit für den ersten Gläubiger unbedingt, für den zweiten aber bedingt bestellt wäre, für diesen in ihrem Bestande davon abhängig, daß der erste sie nicht in vollem Umfange in Anspruch nähme. Daß es möglich sein sollte, in dieser Weise zwei durchaus ungleichartige Rechte durch *eine* Hypothekeneintragung zum Ausdrucke zu bringen, muß füglich bezweifelt werden.

Es können freilich mehrere Gläubiger an einer Hypothek beteiligt sein, aber, wie aus § 48 GBO. zu entnehmen ist, doch nur so, daß sie entweder zu bestimmten Teilen, oder als Gesamtgläubiger, oder aber zu gesamter Hand verbunden, an der gleichen Hypothek teilhaben. Die oben angeführte Entscheidung des Kammergerichtes ist daher unhaltbar, da man

---

10) Vgl. KGJ. 22 A. S. 160 ff; 17. Juni 1901; 28 A S. 143 f. 18. Januar 1904.
11) Vgl. Fuchs S. 619 Erl. 6 zu § 1190; Turnau-Förster S. 1016 Erl. 2 zu § 1190; Oberneck S. 687 Anm. 10; Güthe S. 848 Erl. 4; Willenbücher S. 254 Erl. 4; Endemann S. 881; Neumann S. 828 Erl. 2 zu § 1190.
12) Vgl. Eccius in der DJZ. 1906 Seite 62 ff.; Planck Seite 523 Erl. 4 zu § 1113; Biermann Seite 419 Erl. 5a zu § 1190; Kretzschmar Seite 121; Kober Seite 523 f. Erl. 2c zu § 1190; Bruck S. 180 Anm. 16; Predari S. 302 f. Erl. 8 zu § 19.

nach ihr annehmen müßte, daß auch eine andere Art der Beteiligung mehrerer Gläubiger an einer Hypothek möglich sei. Eine derartige Annahme würde, von allem anderen abgesehen, mit dem in unserem Hypothekenrechte herrschenden Bestreben, nur bestimmte Rechtsverhältnisse zuzulassen, im Widerspruche stehen.[13])

Merkwürdigerweise hat das Kammergericht ein anderes Mal[14]) diesem Bestreben Rechnung getragen und die Eintragung einer Hypothek für mehrere Gläubiger als alternativ berechtigte abgelehnt. Es ist aber nicht einzusehen, warum der eventuell berechtigte ein bestimmter, der alternativ berechtigte aber ein unbestimmter Gläubiger sein soll.

Darauf, daß auch kein praktisches Bedürfnis das Kammergericht zu seiner auffälligen Entscheidung nötigt, hat bereits Eccius a. a. O. hingewiesen. Durch zwei Sicherungshypotheken, für die beiden Gläubiger hinter einander eingetragen, was Eccius in erster Linie als Auskunft vorschlägt, ließe sich freilich das gleiche wirtschaftliche Ergebnis nicht herbeiführen, selbst dann nicht, wenn bei der an erster Stelle eingetragenen Hypothek eine Vormerkung gemäß § 1179 BGB. zu Gunsten des nachstehenden Gläubigers eingetragen würde, und zwar deshalb nicht, weil der Eigentümer bei einem derartigen Verfahren genötigt wäre, sein Grundstück mit der doppelten Summe zu belasten. Dagegen würde er durch Bestellung einer Eigentümergrundschuld zum Betrage der Höchstbetragshypothek, die er den beiden Gläubigern nacheinander verpfänden könnte, den gleichen Zweck, ohne größere Belastung seines Grundstückes, erreichen können.

Die letzte, in diesem Zusammenhange zu behandelnde Frage ist die, ob es möglich ist, die Höchstbetragshypothek zu Gunsten des Gläubigers durch die Unterwerfung des Eigentümers unter die sofortige Zwangsvollstreckung nach Maßgabe des § 800 ZPO. zu verstärken. Diese Frage wird allgemein verneint.[15]) Es steht entgegen, daß die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung eine Urkunde im Sinne des § 794 No. 5 ZPO. voraussetzt. Eine derartige Urkunde muß aber einen bestehenden, wenn auch bedingten oder befristeten Anspruch des Gläubigers zum Gegenstande haben, einen Anspruch ferner, der auf die Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet ist. Beides trifft bei der Höchstbetragshypothek nicht zu. Bei dieser Hypothek ist möglicherweise von vornherein überhaupt noch kein Anspruch des Gläubigers vorhanden, es besteht in solchem Falle nur die Erwartung, daß sich in Zukunft einer bilden wird. Wenn dem Gläubiger aber auch bereits zur Zeit der Hypothekenbestellung Forderungen gegen den Schuldner zustehen, so ist der Anspruch, der durch die Hypothek gesichert werden soll, damit doch noch nicht vollendet, seine endgültige Feststellung soll vielmehr erst künftig geschehen. Dazu kommt, daß der durch eine Höchstbetragshypothek gesicherte Anspruch eine bestimmte Geldsumme jedenfalls nicht zum Gegenstande hat, vielmehr eine unbestimmte, deren Betrag durch den eingetragenen Höchstbetrag nur nach oben begrenzt wird, im übrigen aber von der vorbehaltenen Feststellung des Anspruches abhängig ist.

---

13) Vgl. RG. 61 S. 374 ff., 18. Okt. 1905.
14) Vgl. KGJ. 28 A S. 143, 18. Jan. 1904.
15) Vgl. Planck S. 713 Erl. 2a Abs. 3 zu § 1190; Beschl. des Kammergerichts vom 6. Aug. 1901, RJA. 2 S. 202 ff.; KGJ. 28 A S. 145, 27. Juni 1904; Bayr. Obst LG. 7. Sept. 1901, Rspr. 8 S. 148; O. Dresden 30. Juni 1903, Rspr. 8 S. 149.

Es muß auffallen, daß die in der Lehre und Rechtsprechung stets verneinte Frage den Gerichten immer wieder zur Entscheidung vorgelegt wird. Es spricht sich darin offenbar ein starkes Bedürfnis des Hypothekenverkehres aus, dahin zielend, auch die Höchstbetragshypothek zu einer sofort vollstreckbaren Hypothek zu machen. Dem gleichen Bedürfnisse dienen die Bestrebungen, die Höchstbetragshypothek durch andere geeignetere Formen zu ersetzen, von denen Merkens berichtet.[16])

Das Oberlandesgericht Colmar hat in mehreren Entscheidungen[17]) einen Weg gezeigt, der vielleicht zu einer schnelleren Vollstreckbarkeit der Höchstbetragshypothek führen könnte. Das genannte Gericht hat nämlich die Eintragung einer Vormerkung zu Gunsten des Gläubigers für zulässig erklärt, durch die dessen Anspruch auf Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine solche von bestimmtem Betrage und der damit verbundene Anspruch auf Unterwerfung des Eigentümers unter die sofortige Zwangsvollstreckung dinglich gesichert wird. Dabei hat das Gericht mit vollem Rechte darauf hingewiesen, daß der Anspruch des Gläubigers gegen den Eigentümer auf dessen Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung für sich allein, ohne Verbindung mit dem Hauptanspruche auf Umwandlung der Hypothek in eine solche von festem Betrage, nicht eintragungsfähig ist, da der zuerst genannte Anspruch zu den nach § 883 BGB. vormerkungsfähigen Ansprüchen nicht gehört.

Es will uns aber scheinen, daß der vom Oberlandesgerichte Colmar vorgeschlagene Weg den Gläubiger einer Höchstbetragshypothek, dem eine schnelle Vollstreckbarkeit derselben erwünscht ist, wenig vorwärts bringt. Die oben näher bezeichnete Vormerkung ersetzt dem Gläubiger keineswegs den vollstreckbaren Titel, dessen er zur Durchführung der Zwangsvollstreckung bedarf. Unterwirft sich daher der Grundstückseigentümer nach Fälligkeit der Hypothek nicht gutwillig der Zwangsvollstreckung, so kann er in jedem Falle erst durch eine Klage des Gläubigers gezwungen werden, gleichviel, ob eine Vormerkung in der vom Oberlandesgerichte Colmar gutgeheißenen Art im Grundbuche eingetragen worden ist, oder nicht.

4. Haftung des Grundstückes.

Die Haftung des Grundstückes bei der Höchstbetragshypothek unterscheidet sich dadurch nicht unwesentlich von der Haftung desselben bei den anderen Hypothekenarten, daß, wie § 1190 Absatz 2 BGB. ausdrücklich vorschreibt, die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet werden. Wäre der eingetragene Höchstbetrag ausschließlich zur Sicherung des Kapitals der Forderung bestimmt, und müßte das Grundstück darüber hinaus auch noch für etwaige Zinsen haften, so könnte von einer Bestimmtheit der Haftung, die durch die besondere Gestaltung der Höchstbetragshypothek doch gerade erzielt werden soll, nicht die Rede sein.

Man darf nicht einwenden, daß auch bei den anderen Hypotheken die Bestimmtheit der Haftung nicht völlig gewahrt werde, weil das Grundstück bei diesen nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1118 BGB.

16.) Vgl. ZDNV 1905 S. 541 ff.
17.) Vgl. O. Colmar 14. Febr. 1906, Rspr. 14 S. 136; O. Colmar 11. Aug. 1906, 13. S. 196 f.

über den eingetragenen Betrag der Forderung hinaus noch für die Zinsen haften muß. Trotzdem kann ein nachstehender Gläubiger bei diesen Hypotheken unter Berücksichtigung des § 10 No. 4 ZVG. genau berechnen, in welchem Maße das Grundstück durch die im vorgehenden Hypotheken belastet wird. Bei der Höchstbetragshypothek ließe sich eine derartige Berechnung nicht anstellen, weil hier kein fester Betrag vorhanden ist, dessen Zinsen in Ansatz gebracht werden könnten, vielmehr stets ein Zunehmen oder Abnehmen der gesicherten Forderung zu gewärtigen ist.

Die Bestimmung des § 1190 Absatz 2 BGB. nötigt den, der sich eine Höchstbetragshypothek bestellen lassen will, darauf zu halten, daß der ins Grundbuch einzutragende Höchstbetrag hinreichend hoch bemessen wird, der Art, daß er nicht nur die Hauptansprüche, die bis zur Feststellung der Forderung aus dem gesicherten Rechtsverhältnisse erwachsen können, vielmehr auch die möglicherweise entstehenden Zinsansprüche zu sichern imstande ist. Bei dieser Sachlage ist es natürlich leicht möglich, daß sich der Gläubiger bei der Hypothekenbestellung zu seinem Schaden verrechnet, mit dem Erfolge, daß der eingetragene Höchstbetrag der Hypothek einen Teil der Zinsansprüche die ihm zur Zeit der Feststellung der Forderung zustehen, ungedeckt läßt. Allein dieser Uebelstand muß in den Kauf genommen werden. Umsomehr, als das Spezialitätsprinzip, dessen Ausfluß die hier behandelte Bestimmung ist, nicht sowohl dem Interesse des Gläubigers der Höchstbetragshypothek, als dem der nachstehenden Berechtigten dienen will.

Die im § 1190 Absatz 2 BGB. enthaltene Vorschrift bezieht sich übrigens nicht nur auf die rechtsgeschäftlichen, vielmehr auch auf die gesetzlichen Zinsen. Daß dies durch die allgemeine Fassung der Vorschrift gerade zum Ausdrucke gebracht werden sollte, ergiebt sich aus einer Bemerkung in den Protokollen.[1])

Im übrigen wird die für alle Hypotheken geltende Vorschrift des § 1118 BGB. durch § 1190 BGB. nicht abgeändert; das Grundstück haftet daher über den Höchstbetrag hinaus „für die Kosten der Kündigung, und der die Befriedigung auf dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung."

5. Veränderungen.

A. Feststellung der Forderung.

Es ist merkwürdig, daß die „Feststellung der Forderung", deren Wichtigkeit für die Erkenntnis des Wesens der Höchstbetragshypothek daraus erhellt, daß sie im § 1190 BGB. ausdrücklich als ein Begriffsmerkmal derselben bezeichnet wird, nirgends grundsätzlich und eingehend erörtert wird. Sie wird meist nur beiläufig, mit einigen Sätzen abgetan; dabei herrscht über ihre Eigenart offenbar keine klare Vorstellung.

Zunächst muß hier darauf hingewiesen werden, daß schon die besondere Art des der Hypothek zugrunde liegenden Forderungsverhältnisses, wenn dieses etwa ein Connexitätsverhältnis ist, eine Feststellung der Forderung in regelmäßigen Zwischenräumen mit sich bringen kann. Diese Forderungsfeststellungen geschehen aber nicht um der Hypothek willen, und haben als solche für diese keinerlei Bedeutung; sie folgen ihren eigenen

1) Vgl. Prot. S. 689 unten; Plank S. 714 Erl. 3 a zu § 1190

Gesetzen und sind daher in diesem Zusammenhange, wo es sich nur um die für die Höchstbetragshypothek wesentliche Forderungsfeststellung handelt, nicht zu erörtern.

Bei einer Betrachtung der letzteren muß man sich vor allen Dingen darüber klar werden, ob bei jeder einzelnen Höchstbetragshypothek nur eine einzige Forderungsfeststellung möglich ist, oder ob mehrere nacheinander erlaubt sind.

Unter den Rechtsverhältnissen, die durch eine Höchstbetragshypothek gesichert werden, sind viele, bei denen in der Tat nur eine Feststellung der Forderung stattfindet. Diese Verhältnisse bilden die Regel. Es darf aber nicht übersehen werden, daß auch solche Forderungsverhältnisse Sicherung durch eine Höchstbetragshypothek finden, bei denen eine mehrfache Feststellung der Forderung vorkommen kann. Zur Erläuterung diene das folgende Beispiel:

Ein Gutsbesitzer verpachtet sein Landgut auf die Dauer von 12 Jahren zu einem jährlichen Pachtzinse von 2000 Mark. Der Vater des Pächters, der ein Haus in der Stadt besitzt, bestellt dem Verpächter zur Sicherung aller Forderungen, die ihm aus dem Pachtvertrage erwachsen können, eine Sicherungshypothek zum Höchstbetrage von 24 000 Mark an diesem Hause. Wenn nun der Pächter mit zwei Pachtraten im Rückstande bleibt und der Verpächter infolgedessen wegen eines Anspruches von 4000 Mark die Zwangsversteigerung des belasteten Hauses beantragt, so bedeutet das jedenfalls eine Feststellung der Forderung zu diesem Betrage. Es wird aber niemand behaupten wollen, daß der Verpächter seine Höchstbetragshypothek ein für allemal nur für diesen, vorläufig festgestellten Betrag der Forderung geltend machen könne, wegen aller übrigen Ansprüche aber, die ihm in Zukunft noch aus dem Pachtvertrage erwachsen können, die Hypothek nicht mehr geltend machen dürfe. Aehnlich liegt der Fall, wenn eine Höchstbetragshypothek zur Sicherung einer lebenslänglich zu entrichtenden Leibrente bestellt worden ist.

Es muß demnach angenommen werden, daß mehrere Forderungsfeststellungen hintereinander möglich sind, von denen allerdings die letzte, durch die das Forderungsverhältnis seinen endgültigen Abschluß findet, besonders wichtig ist.

Wenn wir uns in der Rechtslehre danach umsehen, wie die Feststellung der Forderung bei der Höchstbetragshypothek denn eigentlich zustande kommt, so finden wir bei Fuchs, der sich ein wenig weiter, als die anderen Schriftsteller über diesen Punkt ausläßt, die Bemerkung: „Die Feststellung der Forderung ist ein obligatorischer Akt (§§ 781 und 782 BGB.)“ [1]), sodann einige Zeilen weiter: „Die Feststellung der Forderung erfolgt durch den Gläubiger und den persönlichen Schuldner“. Danach sollte man annehmen, daß die Feststellung eine Art Vertrag darstelle, oder wohl gar überhaupt nichts anderes sei, als das Schuldanerkenntnis des § 781 BGB. Auf der anderen Seite lehrt Oberneck [2]): „Die Feststellung der Forderung hat vom Grundstückseigentümer auszugehen, gleichviel, ob er der persönliche Schuldner ist, oder nicht. Sie erfolgt durch sein freiwilliges Anerkenntnis dem Gläubiger

1) Vgl Fuchs S. 625 Erl. 22a zu § 1190; Reinhard im ZBlFG. Bd. 3 S.43; Willenbücher S. 257 Erl. 12 zu § 1190.
2) Vgl. Oberneck S. 963; KGJ 25 A. S. 173 f., 11. Juli 1902.

gegenüber in gehöriger Form, oder durch seine rechtskräftige Verurteilung zur Anerkennung der Forderung."

Beide Schriftsteller gehen fehl. Der Grundstückseigentümer und der Gläubiger müssen, wie oben näher ausgeführt worden ist, schon bei der Hypothekenbestellung sich soweit einigen, daß später die Feststellung der Forderung aus jener Einigung mit Bestimmtheit und ohne weiteres sich ergiebt. Eines neuen Vertrages bedarf es zu dieser Feststellung nicht, wäre es anders, so läge darin der Beweis, daß die Willenseinigung zwischen Gläubiger und Eigentümer bei der Hypothekenbegründung keine vollständige gewesen wäre; dann wäre sie aber nach dem oben ausgeführten auch gar nicht geeignet gewesen, eine gültige Höchstbetragshypothek zu erzeugen.

Wir sind der Meinung, daß die Feststellung der Forderung lediglich Sache einer einzigen Partei, und zwar des Gläubigers ist. Er muß sich dabei freilich in den bei der Hypothekenbegründung zwischen ihm und dem Eigentümer vereinbarten Grenzen halten, bedarf aber rechtlich weder der Mitwirkung des Eigentümers noch derjenigen des persönlichen Schuldners. Dernburg[3]) trifft das Rechte mit den Worten: „Die Ultimathypothek kann allen Forderungen dienen, welche innerhalb des gezogenen Rahmens liegen. Dem Gläubiger steht frei, festzustellen, welche dieser Forderungen durch sie gesichert sein sollen."

Im Grunde bedeutet Feststellung der Forderung überhaupt nichts anderes, als daß der Gläubiger wegen einer, mehrerer, oder aller ihm gegen den Schuldner zustehenden Forderungen die Höchstbetragshypothek geltend macht. Indem er dies tut, faßt er alle Einzelforderungen zu einer einzigen, nun nicht mehr veränderlichen, vielmehr feststehenden Forderung zusammen.

Die oben erwähnte irrige Ansicht, wonach die Feststellung der Forderung vom Grundstückseigentümer auszugehen hätte, hat wohl darin ihren Grund, daß der Gläubiger in der Tat auf den guten Willen des Eigentümers angewiesen ist, wenn er die Höchstbetragshypothek für die festgestellte Forderung geltend machen will. Tut er dies in der Weise, daß er die Zwangsverwaltung oder die Zwangsversteigerung des zur Hypothek gestellten Grundstückes betreibt, so bedarf er hierzu eines vollstreckbaren Titels. Da es nun, wie wir oben sahen, nicht möglich ist, eine Höchstbetragshypothek der Art zu bestellen, daß der Eigentümer sich schon im voraus der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, so hängt die Durchführung der Zwangsvollstreckung aus der Hypothek davon ab, daß der Eigentümer sich ihr freiwillig unterwirft. Tut er dies nicht, so muß der Gläubiger die hypothekarische Klage gegen ihn anstrengen. Dabei muß er nicht nur beweisen, daß die von ihm festgestellte Forderung ihm tatsächlich zusteht, er muß vielmehr, beim Bestreiten des Eigentümers, außerdem noch beweisen, daß seine Feststellung eine richtige ist, d. h. daß sie der der Hypothek zu Grunde liegenden Einigung gemäß erfolgt ist.

Dadurch, daß sich der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber in Höhe der von diesem festgestellten Forderung freiwillig der Zwangsvollstreckung unterwirft, wird aber kein neues Recht des Gläubigers erzeugt, am wenigsten wird erst hierdurch die Forderung festgestellt. Vielmehr wird dadurch nur die ohnedies schon bestehende Forderung des Gläubigers als richtig anerkannt und vollstreckbar gemacht. Der Fall ist offenbar ganz

3) Vgl. Dernburg S. 671 Erl. 4 zu § 243

gleich dem, daß das Gericht, vom Gläubiger gegen den Eigentümer angerufen, die festgestellte Forderung durch sein Urteil vollstreckbar macht. Diesem Vorgange wird aber sicherlich niemand eine konstitutive, rechtserzeugende, statt der ihm tatsächlich zukommenden deklaratorischen, rechtsbezeugenden Wirkung beimessen. Dasselbe muß aber auch von dem oben erwähnten Vorgange gelten.

Auf zwei Punkte muß hier noch besonders hingewiesen werden: einmal darauf, daß die Schlußfeststellung der Forderung in dem oben näher bezeichneten Sinne eine ganz besondere Wirkung hat, die aber erst später bei der Betrachtung der Fälle, in denen die Höchstbetragshypothek sich in eine Eigentümerhypothek verwandelt, näher angegeben werden kann. Die vor jener Schlußfeststellung erfolgenden Feststellungen, die Reinhard mit Recht Teilfeststellungen nennt [4]), werden stets in der Absicht getroffen, daß die Forderung des Gläubigers im übrigen beweglich bleiben soll, der Art, daß später von neuem festgestellt werden muß, ob und inwieweit die Hypothek ihretwegen noch in Anspruch genommen wird. Uebrigens kann das Band, daß die Einzelforderungen in einer Teilfeststellung verbindet, stets wieder gelöst werden, mit dem Erfolge, daß jene Einzelforderungen später Bestandteile einer neuen Feststellung werden können. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Gläubiger wegen seiner in einer Teilfeststellung zusammengefaßten Forderungen die Zwangsversteigerung des belasteten Grundstückes betreibt, sodann aber, ohne Befriedigung aus dem Grundstücke erlangt zu haben, den Versteigerungsantrag zurücknimmt, und, auf bessere Zeiten hoffend, den durch die Höchstbetragshypothek gesicherten Geschäftsverkehr mit dem Schuldner wieder fortsetzt. Bei einer späteren Feststellung kann er die durch die frühere Feststellung nur zeitweise verbundenen Forderungen, soweit sie inzwischen nicht getilgt worden sind, wieder berücksichtigen. Insofern ist jede Teilfeststellung blos eine vorläufige, keine endgültige Feststellung.

Endlich muß hervorgehoben werden, daß eine Feststellung der Forderung, d. h. eine Erklärung des Gläubigers darüber, für welche Forderungen er die Hypothek in Anspruch nehmen will, nicht immer erforderlich ist, wenn Ansprüche aus der Hypothek geltend gemacht werden sollen. So kann er namentlich im Falle des § 1134 BGB. gegen den Eigentümer, oder einen dritten, der durch sein Verhalten die Sicherheit der Hypothek gefährdet, auf Unterlassung klagen, ohne vorher seine Forderung feststellen zu müssen.

Es ist bestritten, welche Wirkung die Feststellung der Forderung auf den Bestand der Hypothek hat. Manche Schriftsteller [5]) vertreten die Ansicht, durch die Feststellung der Forderung verwandle sich die Hypothek ohne weiteres in eine schlichte Sicherungshypothek. Sie haben dabei nur die Schlußfeststellung im Auge und berücksichtigen die Teilfeststellungen, deren Folgen doch wohl auch zu erwägen sind, überhaupt nicht. Biermann beruft sich zur Unterstützung seiner Ansicht auf das Urteil des Reichsgerichts vom 6. November 1901 [6]). Mit Unrecht, denn in dem angegebenen Urteile heißt es gerade im Gegenteil: „durch die Feststellung der Forderung

4) Vgl. Reinhard im ZBlFG. Bd. 3 S. 42
5) Vgl. Biermann S. 419 f. Erl. 5 b zu § 1190; Willenbücher S. 257 Erl. 12 zu § 1190; Endemann S. 882 Anm. 18; Matthias S. 183 No. 4; Hecking S. 51f.; LG. Düsseldorf 16. Nov. 1901 in der DJZ. 1902 S. 228.
6) Vgl. RG. 49 S. 163 ff.

des Gläubigers wird die Maximalhypothek nicht zum Betrage der Forderung zu einer unbedingten gewöhnlichen Hypothek; ihr Inhalt bleibt unverändert; sie bleibt, was sie war: eine Sicherungshypothek." Durch den Ausdruck: „Sicherungshypothek" hat Biermann sich täuschen lassen. Das Reichsgericht will mit diesem Ausdrucke aber offenbar nichts anderes bezeichnen, als eine Höchstbetragshypothek, in ganz ähnlicher Weise gebraucht es den Ausdruck „Sicherungshypothek" in seinem Urteile vom 21. Juni 1902[7]), auch hier kann nicht wohl etwas anderes als eine Höchstbetragshypothek damit gemeint sein.

Daß eine Teilfeststellung von der oben näher bezeichneten Art eine Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine schlichte Sicherungshypothek nicht herbeiführen kann, bedarf keiner näheren Begründung. Ebensowenig kann aber auch die Schlußfeststellung eine derartige Wirkung haben, da sie, wie die Teilfeststellung, nichts anderes ist, als ein einseitiger Akt des Gläubigers, der sich überdies außerhalb des Grundbuches vollendet. Nun schreibt § 877 BGB. ausdrücklich vor, daß auch auf Aenderungen des Inhaltes eines Rechtes an einem Grundstücke § 873 BGB., der Einigung und Eintragung im Grundbuche fordert, Anwendung findet. Daß es aber eine Inhaltsänderung bedeuten würde, wenn die Höchstbetragshypothek sich in eine schlichte Sicherungshypothek verwandelte, kann schon allein mit Rücksicht auf die im § 1190 Absatz 4 BGB. enthaltene, für die Höchstbetragshypothek geltende Bestimmung, nicht wohl bezweifelt werden.

Die Höchstbetragshypothek gilt zwar von vorne herein als Sicherungshypothek; sie ist und bleibt aber doch eine ganz besondere Art derselben. Die herrschende Ansicht[8]) geht denn auch dahin, daß die bloße Feststellung der Forderung den dinglichen Charakter der Hypothek keineswegs verändert, sondern sie als Höchstbetragshypothek fortbestehen läßt.

B. Umwandlung der Hypothek.

Auf die Höchstbetragshypothek findet, wie auf jede andere Hypothek, die Bestimmung des § 1186 BGB. Anwendung, d. h. sie kann in eine schlichte Sicherungshypothek, oder auch in eine Verkehrshypothek umgewandelt werden. Auf eine derartige Umwandlung, die eine Verstärkung der Stellung des Gläubigers bedeutet, hat dieser aber keinen Anspruch, es sei denn, daß der Grundstückseigentümer ihm eine derartige Umwandlung bei der Hypothekenbestellung in rechtsverbindlicher Weise zugesagt hätte.[1]) Ist dies geschehen, so kann der Anspruch des Gläubigers auf Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine solche von festem Betrage durch Eintragung einer entsprechenden Vormerkung dinglich gesichert werden.[2])

Darüber, ob die Hypothekenumwandlung die Feststellung der Forderung zur Voraussetzung habe, oder nicht, herrscht Streit. Für die erste

---

7) Vgl. RG 52 S. 59 ff.

8) Vgl. Planck S. 718 Erl. 6 zu § 1190; Oberneck S. 963; Fuchs S. 625 Erl. 22 a zu § 1190; Maenner S. 426 Anm. 170; Herold im ZBlFG. Bd. 4 S. 695 ff.; RG. 49 S. 163 ff, 6. Nov. 1901.

1) Vgl. Planck S. 718 unten Erl. 6 zu § 1190; Maenner S. 366 Anm. 18; RG. 49 S. 163 ff, 6. Nov. 1901. A. A. Gierke S. 906

2) Vgl. O. Colmar 14. Febr. 1906, Rspr. 14 S. 136; O. Colmar 11. Aug 1906, Rspr. 13 S. 196 f.

Alternative hat sich die herrschende Meinung [3]) entschieden, für die zweite, neben anderen [4]), neuerdings das Reichsgericht [5]). Doch scheint der Streit mehr Worte, als die Sache selbst zu betreffen, und darin seinen Grund zu haben, daß die Vertreter der ersten Ansicht nicht berücksichtigen, daß gleichzeitig mit § 1186 BGB. auch § 1180 BGB. zur Anwendung kommen kann. Es ist klar und der herrschenden Ansicht darin ohne weiteres beizustimmen, daß die Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine Verkehrs- oder schlichte Sicherungshypothek nur dann stattfinden kann, wenn die Voraussetzungen der letzteren vorhanden sind. Dazu gehört aber vor allen Dingen eine bestimmte Forderung. Auf welche Weise diese bestimmte Forderung gewonnen wird, ist gleichgültig, ob dadurch, daß die der Höchstbetragshypothek von vorne herein zugrunde liegenden, ihrer Natur nach stets veränderlichen Forderungen durch die Feststellung des Gläubigers zu einer bestimmten, unveränderlichen Forderung zusammen gefaßt werden, oder dadurch, daß nach Maßgabe des § 1180 BGB. eine neue bestimmte Forderung an die Stelle der ursprünglichen unbestimmten gesetzt wird. [5a]) Ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis im Sinne der §§ 780 und 781 BGB. wird in diesem Falle als Forderung genügen [6]). Den Parteien ist es dabei nicht verwehrt, unter sich zu vereinbaren, daß die nunmehr auf einen festen Betrag lautende Hypothek nach wie vor der Sicherung des alten, durch die Höchstbetragshypothek gesicherten Schuldverhältnisses dienen soll, trotzdem dieses einem ständigen Wechsel unterworfen bleibt. Eine derartige Vereinbarung ist den Parteien, wie wir oben sahen, bei der ursprünglichen Bestellung einer Hypothek erlaubt, sie kann ihnen daher bei einer späteren Umwandlung auch nicht versagt werden. Der Grundbuchrichter ist an die Erklärungen der Parteien gebunden und hat nicht zu untersuchen, ob das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis diesen Erklärungen tatsächlich entspricht. Im gleichen Sinne hat sich das Reichsgericht in der in Anmerkung 5 angeführten Entscheidung ausgesprochen.

Die Hypothekenumwandlung erfordert, in gleicher Weise wie die Hypothekenbestellung, Einigung und Eintragung. Es fragt sich, welche Personen bei dieser Einigung mitwirken müssen. Die herrschende Meinung [7]) nimmt an, daß es zur Umwandlung nur einer Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer bedarf. Kuhlenbeck [8]), der von der falschen Voraussetzung ausgeht, in der Umwandlung liege stets

3) Vgl. Hachenburg S. 599; Turnau-Foerster S. 1027 f. Erl. 11 zu § 1190; Biermann S. 419 f. Erl. 5 c zu § 1190; Kober S. 526 f. Erl. 8 zu § 1190; Endemann S. 881 Anm. 12; Matthias S. 183 No. 3; Boehm S. 296 Erl. VII zu § 1190; Oberneck S. 963 No. 10; Güthe S. 205 § 1190; Willenbücher S. 257 Erl. 13 zu § 1190; KGJ. 25 A S. 173, 11. Juli 1902.

4) Vgl. Planck S. 719 Erl. 6 am Ende zu § 1190; Fuchs S. 626 Erl. 23 zu § 1190; Hecking S. 53 f.; Cohn S. 40 ff.

5) RG. 60 S. 243 ff., 8. März 1905.

5 a) Vgl. Beschluß des Kammergerichts vom 26. Okt. 1905 bei Schröder Bd. 5 S. 67; Gierke S. 908 Anm. 49; Hecking a. a. O.

6.) Vgl. Planck S. 532 Erl. 5 a am Ende zu § 1190 und die dort zitierte Kammergerichtsentscheidung.

7) Vgl. Planck S. 699 Erl. 2 zu § 1186; Oberneck S. 963 No. 10; Maenner S. 366 Anm. 18; Hecking S. 53 f.; Cohn S. 42 f. Die meisten übrigen Schriftsteller sind wohl der gleichen Ansicht; doch sind ihre Aussprüche nicht völlig klar, da sie die Hypothekenumwandlung nicht streng genug von der Forderungsfeststellung unterscheiden.

8) Vgl. Kuhlenbeck S. 280 Erl. 5. zu § 1190.

zugleich die Feststellung der der Höchstbetragshypothek zugrunde liegenden Forderung, hält die Zustimmung des persönlichen Schuldners für erforderlich. Boehm[9]) geht noch weiter; er fordert für den Fall, daß seit der Bestellung der Höchstbetragshypothek die Person des Grundstückseigentümers gewechselt hat, auch die Einwilligung aller früheren Eigentümer seit der Bestellung der Hypothek.

Man wird aber der herrschenden Meinung darin beipflichten müssen, daß die Zustimmung des vom Grundstückseigentümer verschiedenen persönlichen Schuldners nicht erforderlich ist, da seine Rechte durch die Hypothekenumwandlung nicht berührt werden. Es wäre falsch, zu glauben, der persönliche Schuldner könne dadurch zu Schaden kommen, daß die umgewandelte Hypothek von einem gutgläubigen Dritten erworben würde. Die der Hypothek zugrunde liegende Forderung würde freilich in solchem Falle gemäß § 1138 BGB. in Verbindung mit § 892 BGB. als bestehend gelten, wenn sie auch nicht entstanden, erloschen oder mit einem Einrederechte behaftet wäre. Diese Wirkung tritt aber nur für die Hypothek ein, d. h. soweit es zur Geltendmachung der Hypothek als solcher notwendig ist. Dagegen wird die Rechtsstellung des Gläubigers dem persönlichen Schuldner gegenüber durch die Vorschrift des § 1138 BGB. in keiner Weise verändert.[10])

Auch die Zustimmung etwaiger früherer Eigentümer wird man nicht fordern dürfen, wenn auch die Möglichkeit nicht abzuweisen ist, daß ihnen, infolge der Vorschriften über die Eigentümerhypothek die Hypothek oder ein Teil derselben zugefallen sein kann. Wenn man aber wegen dieser Möglichkeit die Zustimmung der früheren Grundstückseigentümer fordern wollte, so müßte man auch darauf Rücksicht nehmen, daß die Hypothek gemäß § 1150 BGB. ganz oder teilweise einem Ablösungsberechtigten zugefallen sein kann, und demnach bei einer beabsichtigten Umwandlung den Nachweis fordern, daß ein Uebergang der Hypothek auf einen Ablösungsberechtigten nicht stattgefunden habe. Derartige möglicherweise erfolgte Rechtsänderungen können aber im Grundbuchverkehre so lange keine Berücksichtigung finden, als sie nicht irgendwie im Grundbuche verlautbart worden sind.[11])

Daß die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten zur Umwandlung der Hypothek nicht erforderlich ist, ist im § 1186 BGB. ausdrücklich gesagt.

Findet die Umwandlung in eine Hypothek von festem Betrage ohne jeden weiteren Zusatz statt, so gilt diese als Verkehrshypothek, und zwar als Briefhypothek. Wünschen die Parteien die Umwandlung in eine Verkehrsbuchhypothek, oder in eine Sicherungshypothek, so muß dies den Vorschriften der §§ 1116 und 1184 BGB. entsprechend in der Einigung und Eintragung ausdrücklich hervorgehoben werden.[12])

Die Höchstbetragshypothek kann übrigens nicht nur in eine Hypothek von festem Betrage, vielmehr auch gemäß § 1198 BGB. in eine Grundschuld umgewandelt werden, und zwar unmittelbar, ohne daß sie vorher in eine Verkehrshypothek umgewandelt werden müßte.[13])

---

9) Vgl. Boehm S. 296 Erl. VII zu § 1190
10) Vgl. Cohn a. a. O. und die dort zitierten Schriftsteller.
11) Vgl. Fuchs S. 626 Erl. 23 zu § 1190.
12) Vgl. Cohn a. a. O.
13) Vgl. Fuchs S. 670 Erl. 5a zu § 1198.

Es ist endlich auch möglich, die Höchstbetragshypothek nur zu einem Teile umzuwandeln.[14]) In der Kommission für die zweite Lesung des BGB. wurde beantragt, der bei einer „Feststellung des Höchstbetrages" sich ergebende „Ueberschuß", womit nichts anderes gemeint war, als der Ueberrest einer nur teilweise umgewandelten Höchstbetragshypothek, solle als aufgehoben gelten, wenn nicht der Eigentümer durch einen eintragungsbedürftigen Vorbehalt dem widersprochen hätte. Dieser Antrag ist mit Recht, als den Bestimmungen über die Entstehung der Eigentümerhypothek widersprechend, abgelehnt worden. Wenn Planck[15]) aus diesem Vorgange folgert, der Ueberschuß werde stets zur Eigentümerhypothek, so scheint uns das ein wenig übereilt. Es muß doch wohl unterschieden werden, ob das der Höchstbetragshypothek zugrunde liegende Forderungsverhältnis durch Schlußfeststellung sein Ende gefunden hat, oder ob es weiter besteht, und nach dem Willen der Parteien auch fernerhin durch den nicht umgewandelten Teil der Hypothek gesichert werden soll. Jenachdem bleibt der nicht umgewandelte Rest der Hypothek Höchstbetragshypothek, oder wird zur Eigentümerhypothek.

Jedenfalls ist die Mahnung Turnau-Foersters[16]) zu beachten, daß die bei der Umwandlung einer Höchstbetragshypothek erforderliche Eintragung im Grundbuche vorsichtig gefaßt werden muß, sodaß der in der Einigung enthaltene Wille der Parteien unzweideutig zum Ausdrucke kommt.

Eine wichtige Folge der Hypothekenumwandlung ist die, daß nun auch Zinsen bis zu 5 % im Grundbuche eingetragen werden können, und zwar selbst dann, wenn die Hypothek zum vollen Höchstbetrage in eine Hypothek von festem Betrage umgewandelt wird. Dies folgt daraus, daß die Vorschrift des § 1190 Absatz 2 BGB., wie überhaupt die Bestimmungen dieses Paragraphen, auf die umgewandelte Hypothek nicht weiter Anwendung finden. Daß es möglich wäre, die Hypothek zunächst in eine feste Hypothek zum vollen Höchstbetrage umzuwandeln, und sie sodann, unabhängig von der Zustimmung gleich- oder nachstehender Berechtigter, dahin zu erweitern, daß das Grundstück fernerhin auch für Zinsen bis zu 5 % haftet, ergiebt sich aus § 1119 Absatz 1 BGB. Daß es darüber hinaus aber auch möglich sein muß, die beiden Veränderungen zu gleicher Zeit durchzuführen, und durch *eine* Eintragung im Grundbuche zu verlautbaren, ist bereits in den Protokollen[16a]) angedeutet worden, und wird in Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannt. Natürlich kann die Haftung des Grundstückes für Zinsen über den Höchstbetrag hinaus nur für die Zeit nach der Umwandlung festgesetzt werden, da die Umwandlung keine rückwirkende Kraft hat, und für die Zeit bis zur Umwandlung die Bestimmung des § 1190 Absatz 2 BGB. entgegensteht.[17])

---

14) Vgl. Urt. des LG Danzig vom 12. April 1905 bei Schröder Bd. 5 S. 67.
15) Vgl Planck S. 718 Erl. 6 zu § 1190
16) Vgl. Turnau-Foerster S. 1027 f. Erl. 11 zu § 1190
16a) Vgl. Prot. S. 689
17) Vgl. KGJ 21 A S. 160, 5. Nov. 1900

6. Uebertragung der Forderung und Uebertragung der Hypothek.

§ 1190 Absatz 4 BGB. bestimmt für die Höchstbetragshypothek: „Die Forderung kann nach den für die Uebertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden. Wird sie nach diesen Vorschriften übertragen, so ist der Uebergang der Hypothek ausgeschlossen." Diese Bestimmung steht in schroffem Gegensatze zu der, das ganze übrige Hypothekenrecht beherrschenden Regel, wonach die Forderung nicht ohne die Hypothek abgetreten werden kann, wonach ferner diese Abtretung in sachenrechtlicher Form erfolgen muß (§§ 1153 und 1154 BGB.).

Die Motive[1]) geben folgende Erklärung: es würde „die unbeschränkte Anwendung jener Paragraphen auf den Fall, in welchem eine einzelne Forderung aus dem durch die Hypothek gesicherten Verhältnisse, während der Dauer desselben, übertragen wird, nicht angemessen sein, weil sie zu einer Minderung der Sicherheit für das Schlußguthaben führen, hierdurch aber mit der Absicht der Beteiligten bei der Begründung der Hypothek nicht selten in Widerspruch treten müßte." Diesem unbefriedigenden Ergebnisse soll die Bestimmung des § 1190 Absatz 4 BGB. vorbeugen.

Es herrscht Meinungsverschiedenheit darüber, ob die Bestimmung ausschließlich für den soeben bezeichneten Fall Geltung hat, in dem eine Einzelforderung abgetreten wird[2]), oder auch für den anderen Fall, daß die Schlußforderung, d. h. die durch die Schlußfeststellung zusammengefaßte Summe aller Einzelforderungen, abgetreten werden soll.[3]) Rathenau, der eine Monographie über die sich aus § 1190 Abs. 4 BGB. ergebenden Fragen geschrieben hat[4]), ist sogar der Meinung, die Vorschrift beziehe sich nur auf den zuletzt erwähnten Fall.

Oberneck rechtfertigt die erste Ansicht damit, daß er den Absatz 4 des § 1190 als „eine einengend auszulegende Ausnahmevorschrift" bezeichnet. Bei einer derartigen Auffassung der Gesetzesbestimmung könnte man aber wohl eher versucht sein, sich für die Ansicht Rathenaus zu entscheiden, denn die Worte des Gesetzes: „die Forderung kann . . . . übertragen werden", passen offenbar besser auf die für die Höchstbetragshypothek vor allem wichtige, durch die Schlußfeststellung zu gewinnende, Schlußforderung, als auf deren Elemente, die Einzelforderungen.

Biermann, Endemann, Crome, Eck und vor allen Dingen Hachenburg folgern so: Wenn der Uebergang der Hypothek ausgeschlossen sei, so könne sie nur beim alten Gläubiger verbleiben. Dies sei aber nur dann denkbar, wenn das Grundforderungsverhältnis bestehen bleibe. Also

1) Vgl. Mot. S. 768 Erl. 4 zu § 1129

2) Vgl Dernburg S. 672 § 243 No. 5; Hachenburg S. 600; Endemann S. 882 Anm. 18; Kretzschmar S. 412 f.; Matthias S. 183 No. 2; Eck-Leonhard S. 317; Crome S. 800 § 484 No. 4; Kuhlenbeck S. 280 Erl. 4 zu § 1190; Heinsheimer S. 571 f; Herold im ZBlFG. Bd 4 S. 703; Biermann S. 418 f. Erl. 4 zu § 1190; Oberneck S. 961 f.; Willenbücher S. 256 Erl. 8 zu § 1190

3) Vgl. Mot. a. a O.; Planck S. 714 Erl. 3 b zu § 1190; Fuchs S. 623 ff. Erl. 16 ff. zu § 1190. Turnau-Foerster S. 1022 Erl. 9 zu § 1190; Predari S. 232 f.; Meisner S. 279; Boehm S 296 f. Erl X D zu § 1190; Best S. 133 f.; Boethke bei Gruchot Bd. 45 S. 187; Gierke S. 907 Anm. 46; Hecking S. 42 ff.; Cohn S. 53 ff.; Beschl. des Kammergerichts vom 3. Mai 1906, RJA. 7 S. 231 ff.

4) Vgl. Rathenau im ArchBR. Bd. 12 S. 192 ff.; Lehmann S. 330 § 113 No. 2; Güthe S. 527 Erl. 6 zu § 26 GBO.

könne sich die Bestimmung des § 1190 Absatz 4 Satz 1 BGB. nur auf die Abtretung von Einzelforderungen beziehen, da nur bei deren Abtretung das Grundforderungsverhältnis unberührt bleibe, während es sein Ende finde, wenn die Schlußforderung abgetreten werde. Diese Folgerung ist falsch, denn man kann, wie wir alsbald sehen werden, die Vorschrift des § 1190 Absatz 4 Satz 2 BGB. auch sehr wohl anders verstehen, als die genannten Schriftsteller. Wir möchten daher mit den in Anmerkung 3 angeführten Schriftstellern annehmen, daß die Vorschrift des § 1190 Absatz 4 BGB. sich auch auf die Abtretung der Schlußforderung bezieht; dafür spricht schon die allgemeine Fassung der Vorschrift.

Bevor die Bedeutung dieser Vorschrift genauer geprüft werden kann, muß auf zwei Punkte aufmerksam gemacht werden:

Einmal darauf, daß es nicht immer möglich ist, eine durch die Höchstbetragshypothek gesicherte Einzelforderung für sich allein abzutreten; sei es, wie hier in Frage steht, ohne Hypothek, sei es, wie später zu erörtern ist, mit einem entsprechenden Teile der Hypothek. Die Abtretung der Einzelforderung ist dann nicht erlaubt, wenn sie, wie beim Contocorrentverhältnis, kein Sonderdasein hat, vielmehr nur als ein unselbständiges Element eines durch Verrechnung festzustellenden Saldos erscheint, und daher dessen Schicksale notwendigerweise teilen muß. Es gilt hier die Besonderheit des § 399 BGB., wonach eine Forderung nicht abgetreten werden kann: „Wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist.“ [5]) Diese Besonderheit liegt aber nicht im Wesen der Höchstbetragshypothek als solcher begründet und bedarf, da sie lediglich eine Eigentümlichkeit des durch die Hypothek gesicherten Forderungsverhältnisses bildet, hier keiner eingehenden Erörterung; der einfache Hinweis darauf genügt.

Weiter muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Uebertragung einer Einzelforderung nach Forderungsrecht nicht etwa immer formlos erfolgen kann; es hängt dies ab von ihrer besonderen Art, so müssen z. B. bei der Uebertragung der in einem Wechsel verkörperten Forderung die in den Art. 9 ff. WO. enthaltenen Formvorschriften beachtet werden; auch hier genügt die einfache Feststellung.

Es fragt sich nun, welche Folgen die Uebertragung der Forderung nach Forderungsrecht für den Bestand der Höchstbetragshypothek hat. § 1190 Absatz 4 Satz 2 BGB. bestimmt, ganz im Gegensatze zu § 401 Absatz 1 BGB., daß der Uebergang der Hypothek ausgeschlossen ist. Diese Vorschrift hat einen ganz verschiedenen Sinn, je nachdem es sich um die Abtretung einer Einzelforderung, oder um die der Schlußforderung handelt.

Im ersten Falle bedeutet die Vorschrift soviel, daß die Hypothek beim alten Gläubiger zurückbleibt, um ihm für alle übrigen, dem gesicherten Forderungsverhältnisse angehörenden Forderungen nach wie vor als Sicherung zu dienen.[6]) Nur Boehm [7]) verkennt dies. Er ist der

5) Vgl. Endemann S. 882 im Text; Turnau-Foerster, Oberneck und Boehm a. a. O.; Fuchs S. 625 Erl. 20 am Ende zu § 1190; Kober S. 524 f. Erl. 4 a zu § 1190.
6) Vgl. Planck, Turnau-Foerster, Fuchs, Hachenburg, Endemann, Gierke, Boethke, Matthias, Oberneck, Willenbücher, Cohn, Hecking a. a. O., sowie die in Note 3 angeführte Kammergerichtsentscheidung. Etwas abweichend Meisner a. a. O.
7) Vgl. Boehm a. a. O.

Meinung, die Hypothek werde zum Betrage der abgetretenen Einzelforderung Eigentümerhypothek, und zwar gemäß § 1168 BGB., da das Gesetz von der Vermutung ausgehe, der Gläubiger wolle für diesen Betrag auf die Hypothek verzichten. Ein derartiger Verzichtswille des Gläubigers ist hier aber durchaus nicht zu vermuten. Im Gegenteil folgt gerade daraus, daß der Gläubiger mit der Forderung nicht einen entsprechenden Teil der Hypothek überträgt, — was ihm auch möglich wäre —, daß er die Hypothek im vollen Umfange zurückbehalten will, als Sicherungsmittel für alle Forderungen, die ihm gegenwärtig noch zustehen, oder in Zukunft neu erwachsen können.

Die Abtretung einer Einzelforderung nach Forderungsrecht entzieht dieselbe dem Bereiche der Hypothek für immer. Das fernere Schicksal der abgetretenen Forderung ist für die Hypothek ohne alle Bedeutung, und es ist gerade so, als ob sie dem durch die Hypothek gesicherten Forderungsverhältnisse niemals angehört hätte. Infolgedessen hat auch ihr späteres Erlöschen nicht etwa die Wirkung, daß die Höchstbetragshypothek dem Eigentümer insoweit nach § 1163 Absatz 1 Satz 2 als Eigentümerhypothek zufiele. [8])

Ueber die Bedeutung der Vorschrift des § 1190 Absatz 4 Satz 2 BGB. für den Fall, daß nicht eine Einzelforderung, vielmehr die festgestellte Schlußforderung nach Forderungsrecht übertragen wird, gehen die Meinungen ziemlich auseinander.

Ein Schriftsteller [9]) ist der Ansicht, die Höchstbetragshypothek müsse in solchem Falle erlöschen. Er behauptet dies, ohne irgend eine nähere Begründung zu geben.

Seine Ansicht läßt sich in der Tat auch gar nicht begründen. Eine Hypothek erlischt, wenn man von den besonderen, nur für die Gesamthypothek geltenden Vorschriften absieht, in zwei Fällen, einmal in dem des § 1181 Absatz 1 BGB., ferner in dem des § 91 Absatz 1 ZwVG. Daß das Gesetz auch in anderen Fällen, insbesondere in dem hier in Frage stehenden, ein Erlöschen der Hypothek hätte zulassen wollen, und diese Absicht doch nicht deutlich ausgesprochen hätte, ist bei der genauen Art, in der die Bestimmungen unseres BGB. abgefaßt sind, nicht anzunehmen. Dies ist deshalb um so weniger anzunehmen, weil beim Erlöschen der Hypothek die Nachhypothekare vorrücken, und damit, in unserem Falle wenigstens, einen ganz unverdienten Vorteil erlangen würden, während das Gesetz ihnen einen derartigen, durch nichts gerechtfertigten Gewinn womöglich nicht zukommen lassen will, wie sich aus den Bestimmungen über die Eigentümerhypothek ergiebt.

Es sind daher alle Schriftsteller außer Güthe darin einig, daß die Höchstbetragshypothek in unserem Falle nicht erlischt. Auch darüber herrscht Einverständnis, daß sie ebensowenig beim alten Gläubiger zurückbleiben kann, da dieser infolge der Abtretung der festgestellten Schlußforderung kein Forderungsrecht mehr hat, daß durch die Hypothek gesichert werden könnte.

Unter diesen Umständen bleibt nichts übrig, als die Annahme, daß die Hypothek dem Grundstückseigentümer zufällt. Dies ist denn auch

8) Vgl. Turnau-Foerster a. a. O.
9) Vgl. Güthe a. a. O.

die allgemeine Ansicht, nur weichen die einzelnen Schriftsteller durch die Art, wie sie diese Ansicht begründen, erheblich voneinander ab.

Plank und Gierke geben überhaupt keine Begründung der Ansicht, sondern stellen sie gewissermaßen als selbstverständlich hin.

Fuchs, Turnau-Förster, Enneccerus-Lehmann und Boehm erklären die Entstehung der Eigentümerhypothek damit, daß sie annehmen, in der Uebertragung der Schlußforderung nach Forderungsrecht liege ein Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek, es komme daher der § 1168 BGB zur Anwendung.

Sie übersehen dabei, daß der Verzicht, von dem § 1168 BGB. spricht, eine ausdrückliche, empfangsbedürftige Erklärung des Gläubigers ist, daß er zudem erst durch Eintragung im Grundbuche wirksam wird. Von alledem ist aber im Falle des § 1190 Absatz 4 BGB. nicht die Rede. Zudem macht Cohn [10]) mit Recht darauf aufmerksam, daß die Entstehung der Eigentümerhypothek in diesem Falle auch dann eintritt, wenn der Gläubiger gar nicht daran gedacht hat, auf die Hypothek zu verzichten, wenn er etwa die festgestellte Forderung nur deshalb nach Forderungsrecht abgetreten hat, weil er der Meinung war, auch bei dieser, der sachenrechtlichen Abtretung gegenüber bequemeren Art gehe die Hypothek mit über.

Rathenau und Meisner [11]) ziehen den § 1169 BGB. zur Erklärung heran. Der an erster Stelle genannte Schriftsteller, der seine Ansicht besonders eingehend begründet hat, behauptet, dem Eigentümer stehe in unserem Falle eine peremtorische Einrede gegen den Gläubiger zu: „Würde der bisherige Gläubiger den Eigentümer aus der Hypothek belangen, so würde diesem das Recht zustehen, die Leistung zu verweigern; der Eigentümer hätte also die im § 1169 BGB. vorausgesetzte Einrede."

Diese Ansicht ist sehr bestechend. Man könnte sie vielleicht in der Weise genauer bestimmen, daß man annähme, es sei die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung aus § 812 BGB., die dem Eigentümer hier zu statten käme, darauf beruhend, daß mit der Forderung der Rechtsgrund der Grundstücksbelastung zu Gunsten des Gläubigers fortgefallen sei. [12])

Trotzdem ist Rathenaus Ansicht nicht haltbar und zwar aus folgenden Gründen: Dem Eigentümer könnte eine Einrede gegen den Gläubiger nur dann zustehen, wenn dieser noch irgend einen Anspruch gegen den Eigentümer hätte. [13]) Das BGB. gebraucht den Begriff „Einrede" nur in einem ganz bestimmten Sinne [14]), nämlich als das Recht eines Verpflichteten, die Erfüllung eines bestehenden Anspruches zeitweilig oder dauernd zu verweigern. Das Gegenrecht des Schuldners, die Einrede, setzt also ein Recht des Gläubigers, den Anspruch, notwendigerweise voraus. In unserem Falle steht aber dem Gläubiger ein Anspruch aus der Hypothek überhaupt nicht mehr zu. Da die Höchstbetragshypothek eine Sicherungshypothek ist, so hängt das Recht des Gläubigers aus der Hypothek durchaus von dem Bestande der Forderung ab (§ 1184 Absatz 1

10) Vgl. Cohn a. a. O.
11) Vgl. Rathenau und Meisner a. a. O.
12) Vgl. Planck S. 650 Erl. 2 zu § 1169; Bruck S. 190.
13) Vgl. Cohn und Hecking a. a. O.
14) Vgl. Planck Bd. I S. 53 f. Abschnitt VIII der Vorbemerkungen.

BGB.). Hat der Gläubiger daher die festgestellte Schlußforderung abgetreten, so hat er sich damit, da nach der Schlußforderung eine weitere Forderung für ihn nicht mehr entstehen kann, aller Rechte aus der Hypothek begeben.

Dieselben Gründe, die gegen Rathenaus Ansicht sprechen, sind auch Hecking entgegenzuhalten, der durch eine analoge Anwendung des § 1169 BGB. zu helfen sucht. [15])

Einen anderen Weg, und wie wir glauben, den richtigen, zeigt Cohn. [16]) Er folgert die Entstehung der Eigentümerhypothek in unserem Falle aus einer analogen Anwendung des § 1163 Absatz 1 Satz 2 BGB., der vorschreibt: „Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek". Cohn führt aus: „Wenn die Forderung, zu deren Sicherung die Hypothek bestimmt war, auch nicht eigentlich erloschen ist, so sind doch ihre Beziehungen zur Hypothek erloschen. Es ist in Ansehung der Hypothek dieselbe rechtliche Lage geschaffen, als ob die Forderung tatsächlich erloschen wäre."

Auch Predari [17]) vertritt diese Ansicht, freilich nicht mit klaren Worten, aber doch dem Sinne nach, indem er lehrt, bei der Trennung von Forderung und Hypothek bleibe nur die Eigentümerhypothek übrig. In ganz ähnlicher Weise führt das Kammergericht [18]) aus, die Uebertragung habe zur Folge: „daß die nunmehr der Forderung entkleidete Hypothek zur Eigentümergrundschuld werde." Endlich kann in diesem Zusammenhange auch auf das Reichsgericht verwiesen werden. Dieses Gericht erklärt [19]) nämlich, die Eigentümergrundschuld sei: „nicht eine Rechtsfolge der Zahlung als solcher, sondern entstehe bei jeder, wie immer gearteten Beseitigung der durch die Hypothek gesicherten Forderung."

Die Ansicht Cohns verdient auch wegen ihrer praktischen Brauchbarkeit allgemeine Billigung. Folgt man ihr, so darf man annehmen, daß die Hypothek mit der Abtretung der Schlußforderung durch den Gläubiger ohne weiteres dem Eigentümer zufällt. Dagegen stände nach Rathenaus Ansicht dem Eigentümer von vorne herein nur ein Anspruch gegen der Gläubiger zu, darauf gerichtet, daß dieser auf die Hypothek verzichte. Erst dann, wenn der Gläubiger freiwillig oder durch Klage gezwungen, dem Anspruche des Eigentümers genügte, fiele diesem die Hypothek zu.

Daß Cohns Ansicht auch allein zu einem gerechten Ergebnisse führt, beweist die folgende Ueberlegung: Dabei mag zur Vereinfachung des Tatbestandes davon ausgegangen werden, daß die festgestellte Schlußfolgerung des Gläubigers den vollen Höchstbetrag der Hypothek erreicht. Tritt nun der Gläubiger die Schlußforderung nach Forderungsrecht ab, so fällt die Hypothek nach Cohns Ansicht demjenigen zu, der im Augenblicke der Abtretung Eigentümer des Grundstückes ist. Dagegen könnte sie nach Rathenaus Ansicht auch einem späteren Eigentümer zufallen, was insbesondere dann leicht möglich wäre, wenn der frühere Eigentümer von der Abtretung der Schlußforderung durch den Gläubiger keine Kenntnis erlangt hätte. In solchem Falle könnte natürlich auch erst der spätere

15) Vgl. Hecking a. a. O.
16) Vgl. Cohn a. a. O.
17) Vgl. Predari a a. O.
18) Vgl. Beschl des Kammergerichts vom 3. Mai 1906, RJA 7 S. 231 ff.
19) Vgl. Urt. des Reichsgerichts vom 24. Okt. 1906 in der JW. 1906 S. 758.

Eigentümer die Einrede aus § 1169 BGB. in der oben angegebenen Weise geltend machen und dadurch die Hypothek für sich erwerben. Ein Ergebnis wie dieses, daß einen unter Umständen sehr wichtigen Rechtserwerb großenteils vom Zufalle abhängig macht, kann aber nicht gebilligt werden.

Man würde die Bedeutung der Vorschrift des § 1190 Absatz 4 BGB. durchaus verkennen, wenn man sie mit Rathenau [20]) auch auf die Fälle des gesetzlichen Ueberganges der gesicherten Forderung beziehen wollte. Sie bleibt eine Ausnahmevorschrift, die, wie wir gleich sehen werden, die allgemeine, in den §§ 1153 und 1154 BGB. enthaltene Regel nicht ausschließt. Der Gläubiger kann freilich, wenn seine Zwecke das erfordern, sich diese Ausnahmevorschrift zunutze machen, natürlich treten dann auch die entsprechenden Wirkungen ein. Wenn das Gesetz aber, z. B. in den §§ 1150 und 774 BGB., den Uebergang der Forderung anordnet, so wäre es doch mehr als sonderbar, wenn es damit die ausnahmsweise Wirkung des § 1190 Absatz 4 Satz 2 BGB., und nicht die regelmäßige des § 1153 Absatz 1 BGB. herbeiführen wollte. Umsomehr, da die bloße Forderung für den neuen Gläubiger, der in den Fällen der §§ 1150 und 774 BGB. durch ihren Uebergang doch gerade entschädigt werden soll, ohne die sichernde Hypothek sehr oft wertlos sein würde.

§ 1190 Absatz 4 GB. gilt daher, so müssen wir mit Planck, Predari und Cohn [21]) annehmen, nur für die Fälle rechtsgeschäftlicher Abtretung der Forderung. Daraus ist aber ohne weiteres zu folgern, daß er auch in den Fällen der §§ 1069 und 1274 BGB. Anwendung finden kann, wenn es sich darum handelt, einen Nießbrauch oder ein Pfandrecht an einer durch Höchstbetragshypothek gesicherten Forderung zu bestellen.

Es ist oben bereits kurz erwähnt worden, daß die Vorschrift des § 1190 Absatz 4 BGB. die allgemeinen Regeln der §§ 1153 und 1154 BGB. nicht ausschließt, denn was geschehen „kann", muß nicht notwendiger Weise geschehen. Die Anwendbarkeit der §§ 1153 und 1154 BGB. auf die Höchstbetragshypothek wird denn auch von niemandem bestritten. Gelangen diese beiden Paragraphen zur Anwendung, so erfolgt die Abtretung der Forderung durch Einigung des alten und des neuen Gläubigers über den Eintritt der Rechtsänderung, sowie durch Eintragung dieser Rechtsänderung in das Grundbuch. Sind diese beiden Voraussetzungen erfüllt, so geht die Forderung und mit ihr ein entsprechender Teil der Hypothek auf den neuen Gläubiger über.

Fraglich ist nur, ob der auf den neuen Gläubiger übergehende Teil der Hypothek Höchstbetragshypothek bleibt[22]), oder ob er sich ohne weiteres in eine andere Hypothekenart, etwa in eine feste Sicherungshypothek verwandelt. [23])

---

20 Vgl. Rathenau a. a. O.
21) Vgl. Planck, Predari und Cohn a. a. O.
22) Vgl. Biermann, Fuchs, Oberneck, Willenbücher und Hecking a. a. O. Aehnlich Endemann S. 882 Anm. 16, der dies freilich nur bei der Abtretung einer Einzelforderung, dagegen nicht bei der Abtretung der Schlußforderung gelten lassen will.
23) Vgl. Planck, Predari und Cohn a. a. O.

Wir möchten uns der Ansicht der zuerst genannten Schriftsteller, die übrigens auch vom Kammergerichte[24]) gebilligt wird, anschließen. Es läßt sich durch nichts rechtfertigen, daß der abtretende Gläubiger in der Lage sein sollte, eine Hypothek, die ihm selbst nur als Höchstbetragshypothek zusteht, wenn auch nur zu einem bestimmten Betrage, als feste Sicherungshypothek auf einen anderen zu übertragen. Wir haben oben bereits erwähnt, daß eine Höchstbetragshypothek sich ohne Umwandlung niemals in eine schlichte Sicherungshypothek verwandeln kann. Eine derartige Umwandlung steht aber nicht in der Willkür des Gläubigers, er bedarf dazu vielmehr, wie oben ausgeführt worden ist, der Mitwirkung des Grundstückseigentümers.

Uebrigens würde die Umwandlung der Regel nach auch keineswegs im Interesse des neuen Gläubigers liegen. Dieser würde nämlich infolgedessen im Falle gänzlicher oder teilweiser Tilgung der abgetretenen Forderung die Hypothek insoweit zugunsten des Eigentümers verlieren, ohne Rücksicht darauf, daß seine Forderung infolge des Zinsenlaufes sich später wiederum vergrößern könnte. Er würde ferner auch nicht mehr berechtigt sein, seine Forderung, oder einen Teil derselben nach Forderungsrecht weiter zu übertragen, da die erleichternde Vorschrift des § 1190 Absatz 4 BGB. nur für Höchstbetragshypotheken gilt. Es ist aber kaum anzunehmen, daß der die Forderung abtretende Gläubiger die Stellung des neuen Gläubigers zu verschlechtern beabsichtigt. Man wird also wohl der Meinung derer beistimmen müssen, die annehmen, der mit der Forderung abgetretene Teil der Hypothek bleibe Höchstbetragshypothek.

Der auf den neuen Gläubiger übergehende Teil der Höchstbetragshypothek ist für den alten Gläubiger verloren. Es ist daher auch möglich, daß diesem nichts von der Hypothek zurückbleibt, wenn nämlich die abgetretene Forderung den Höchstbetrag erreicht. Die beiden Teile der früher einheitlichen Hypothek, der dem alten Gläubiger verbleibende Rest und der an den neuen Gläubiger übertragene Teil derselben haben fortan nichts mehr miteinander zu tun; jeder hat sein eigenes Schicksal. [25]) Erlischt daher etwa der abgetretene Teil der Forderung, so kann der entsprechende Teil der Hypothek doch nicht mehr an den alten Gläubiger zurückfallen; er wird vielmehr der Regel nach zur Eigentümerhypothek.

Da der Gläubiger es bei der Höchstbetragshypothek in der Hand hat, die durch sie gesicherten Forderungen mit oder ohne die Hypothek zu übertragen, so fragt es sich, welche Art der Uebertragung im einzelnen Falle gemeint sei. Man wird mit Turnau-Förster [26]) annehmen müssen, daß dann, wenn der Gläubiger lediglich einen obligatorischen Abtretungsvertrag schließt, ohne gleichzeitig die Abtretung eines entsprechenden Teiles der Hypothek zu bewilligen, eine Abtretung der Forderung gemäß § 1190 Absatz 4 BGB. beabsichtigt ist.

Staub und Cohn[27]) sind freilich der Meinung, es sei davon auszugehen, daß der abtretende Gläubiger die Trennung der Forderung von der Hypothek im Zweifel nicht beabsichtige. Es ist aber oben bereits darauf hingewiesen worden, daß es bei der Abtretung einer Einzelforderung

24) Vgl. Beschl. des Kammergerichts vom 20. Jan. 1902, Rspr. 4 S. 320 ff.
25) Vgl. Planck, Fuchs, Turnau-Foerster, Güthe, Cohn, Hecking a a. O.; Beschl. des Kammergerichts vom 20. Jan. 1902 a. a. O.
26) Vgl. Turnau-Foerster, Mot. a. a. O.; Kretzschmar S. 603.
27) Vgl. Staub S. 146 Anm. 27 zu § 22; Cohn a. a. O.

der Regel nach gerade im Interesse des Gläubigers liegt, die Hypothek in vollem Umfange zurückzubehalten. Daher wird man im allgemeinen auch annehmen müssen, daß der Gläubiger, der eine Einzelforderung durch obligatorischen Vertrag abtritt, einen entsprechenden Teil der Hypothek nicht mit übertragen will.

Tritt aber der Gläubiger die Schlußforderung durch obligatorischen Vertrag ab, so kommt es auf seinen Willen überhaupt nicht weiter an. Im Augenblicke der Abtretung verwandelt sich die Hypothek, selbst gegen seinen Willen, in eine Eigentümerhypothek. Dieser Erfolg kann nur dadurch vermieden werden, daß der Gläubiger die Schlußforderung unter Berücksichtigung der durch § 1154 BGB. vorgeschriebenen Form abtritt. Geschieht dies nicht, so kann das Versäumte später nicht mehr nachgeholt werden, da die Hypothek ja nicht mehr dem alten Gläubiger, vielmehr dem Eigentümer zusteht.

Wir sahen, daß das im § 1153 Absatz 2 BGB. aufgestellte Dogma, wonach die Forderung nicht ohne Hypothek übertragen werden kann, für die Höchstbetragshypothek nicht gilt. Es fragt sich weiter, ob es sich ebenso mit der anderen im zweiten Absatze des § 1153 BGB. enthaltenen Grundregel verhält, die bestimmt, daß die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann.

In diesem Punkte bleibt die Höchstbetragshypothek den allgemeinen Gesetzen des Hypothekenrechtes unterworfen. Es würde ja auch gerade bei ihr eine Ausnahme von der bezeichneten Grundregel wenig am Platze sein. Da die Höchstbetragshypothek eine Sicherungshypothek ist, so hat das Hypothekenrecht des Gläubigers bei ihr nur insoweit Kraft, als eine Forderung vorhanden ist, zu deren Sicherung es dienen kann. Für sich allein hat es keinerlei Bestand, daher ist es gerade bei der Höchstbetragshypothek begrifflich unmöglich, daß die Hypothek ohne die Forderung übertragen werden könnte.[28])

Es können aber nicht nur gegenwärtig bestehende Forderungen abgetreten werden, vielmehr auch solche, die erst in Zukunft entstehen sollen, wofern sie nur genügend bestimmt sind.[29]) Daher muß es auch zulässig sein, daß der Gläubiger einer Höchstbetragshypothek die Hypothek ganz oder teilweise mit den ihm erst in Zukunft aus dem gesicherten Rechtsverhältnisse erwachsenden Forderungen auf einen anderen überträgt, wennschon er gegenwärtig bestehende Forderungen nicht mit übertragen kann.[30]) In diesem Falle wird nicht ein inhaltloses, und daher in der Hand des Gläubigers nichtiges Hypothekenrecht, vielmehr eine Hypothek für eine zukünftige Forderung übertragen. Daß aber ein derartiges Gebilde nach unserem Hypothekenrechte möglich ist, ergiebt sich mit aller Bestimmtheit aus § 1113 Absatz 2 BGB.

7. Forderungsauswechselung.

Wenn es auch nicht möglich ist, die Höchstbetragshypothek für sich allein, ohne die ihr zu Grunde liegende Forderung abzutreten, so läßt sich doch das gleiche wirtschaftliche Ergebnis, das durch eine derartige

28) Vgl. Planck und Fuchs a. a. O.
29) Vgl. Planck Bd. 2 S 261 Erl. 4 e zu § 398.
30) Vgl. KGJ 28 A S. 269 ff., 6. Juni 1904; Turnau-Foerster a. a. O.

Abtretung, wenn sie erlaubt wäre, erzielt werden könnte, auf eine andere Weise erreichen, und zwar mit Hülfe des § 1180 BGB. Daß dieser Paragraph auch auf die Höchstbetragshypothek Anwendung findet, wird mit Recht von keiner Seite bestritten.[1])

Die Höchstbetragshypothek dient freilich nicht nur der Sicherung einer einzigen Forderung, sie ist vielmehr dazu bestimmt, Sicherheit für viele Einzelforderungen zu bieten, dabei handelt es sich aber keineswegs um beliebige Forderungen, sondern nur um solche, welche aus einem ganz bestimmten, wennschon möglicherweise sehr weit umgrenzten Forderungsverhältnisse hervorgehen.[2]) Soll die Haftung des belasteten Grundstückes auch auf andere Forderungen ausgedehnt werden, die dem bei der Bestellung der Höchstbetragshypothek vereinbarten Forderungsverhältnisse nicht angehören, so kann durch eine bloße formlose Vereinbarung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Gläubiger dieser Zweck nicht erreicht werden. Es bedarf hier vielmehr eines Verfahrens gemäß § 1180 BGB.

Wenn es sich bei der Anwendung des § 1180 BGB. auf eine Verkehrshypothek der Regel nach nur darum handelt, daß die eine gesicherte Forderung durch eine andere ersetzt wird, so hat der genannte Paragraph für die Höchstbetragshypothek ebenso oft die Bedeutung, daß an die Stelle des alten Forderungsverhältnisses ein neues gesetzt wird,[3]) wie die, daß an seine Stelle eine bestimmte einzelne Forderung tritt.

Beschränkt sich eine Forderungsauswechselung darauf, daß lediglich eine neue Forderung, oder ein neues Forderungsverhältnis an die Stelle des alten tritt, während der Gläubiger derselbe bleibt, so verlangt § 1180 BGB. außer der in jedem Falle notwendigen Eintragung der Aenderung im Grundbuche, nichts weiter, als die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers über diese Aenderung. Dagegen bedarf es in dem anderen, häufiger vorkommenden Falle, daß auch in der Person des Gläubigers ein Wechsel stattfindet, außer der Einigung des neuen Gläubigers mit dem Eigentümer, auch noch der Zustimmung des bisherigen Gläubigers. Die Zustimmung des persönlichen Schuldners, der möglicherweise ein anderer als der Eigentümer ist, wird in keinem Falle gefordert. Dessen Interessen werden durch eine Forderungsauswechselung, die in der Hauptsache den Erfolg hat, daß der alte Gläubiger ein Sicherungsmittel für seine Forderung verliert, der Regel nach gar nicht berührt. Ist dies ausnahmsweise doch der Fall, hätte er insbesondere ohne die Forderungsauswechselung aus der Hypothek Ersatz erlangen können (§ 1164 BGB.), so hilft § 1165 BGB., der ihn insoweit von seiner Verbindlichkeit befreit.[4])

Auch eine teilweise Forderungsauswechselung ist möglich. Das Kammergericht zieht hieraus den Schluß, bei einer Höchstbetragshypothek könne der Grundstückseigentümer mit Zustimmung des alten Gläubigers

---

1) Vgl. Planck S. 719 Erl. 6 am Ende zu § 1190; Oberneck S. 964 No. 11; Hachenburg in der DJZ. 1906 S. 296 f.; Huth im ZBlFG. Bd. 6 S. 175 ff.; Beschl des Kammergerichts vom 17. April 1901 im ZBlFG. Bd. 2 S. 391; Beschl. des Kammergerichts vom 3. Mai 1906, RJA. 7 S. 232 ff.: Urt. des Reichsgerichts vom 11. März 1905 im ZBlFG. Bd. 6 S. 42 No. 86.

2) Vgl. Erlanger in Holdheims MSchr. 1905 S. 10 f.; Herold im ZBlFG. Bd. 4 S. 703.

3) Vgl. Beschl. des Kammergerichts vom 17. April 1901 a. a. O.

4) Vgl. Predari S. 225 oben; Oberneck S. 688 No. 3; Planck S. 683 Erl. 3e zu § 1180.

einem neuen Gläubiger auch denjenigen, vorläufig noch unbestimmten Teil der Hypothek einräumen, den der alte Gläubiger nicht in Anspruch nehmen werde.[5]) Gegen diese Entscheidung des Kammergerichts spricht zunächst alles das, was oben bereits angeführt worden ist,[6]) gelegentlich der Frage, ob es zulässig sei, eine Höchstbetragshypothek in der Weise für zwei Gläubiger zu bestellen, daß der eine unbedingt, der andere dagegen nur bedingt berechtigt sei. Es lassen sich außerdem aber noch einige besondere Gründe gegen diese Entscheidung anführen.

Zur Rechtfertigung seiner Ansicht bringt das Kammergericht unter anderem folgendes vor: Es sei nur ein Unterschied äußerlicher Art, wenn der Eigentümer in den Regelfällen der Forderungswechselung die freigewordene Hypothek mit einer anderen persönlichen Forderung unmittelbar verbinde, während er in diesem Ausnahmefalle das zweite Schuldverhältnis nur für den Fall und unter der Voraussetzung mit der Hypothek verbinde, daß sie in Zukunft ganz oder teilweise frei werde. Der ganze Unterschied bestehe demnach nur darin, daß der neue Gläubiger in diesem Falle ein bedingtes, im Regelfalle dagegen ein unbedingtes Recht erlange.

Tatsächlich sind aber beide Fälle nicht bloß äußerlich, vielmehr grundsätzlich voneinander verschieden. In allen anderen Fällen der Forderungsauswechselung giebt der alte Gläubiger die Sicherung, die die Hypothek ihm bot, ganz oder teilweise auf, damit sie nunmehr eine andere, ihm selbst, oder einem neuen Gläubiger zustehende Forderung sichern könne. Hier dagegen giebt der alte Gläubiger, wie das Kammergericht selbst hervorhebt, gar nichts auf. Der vorläufig noch unbestimmte Teil der Hypothek, der dem neuen Gläubiger möglicherweise einmal zufällt, kann vom alten Gläubiger gar nicht aufgegeben werden, da er ihm in jenem Zeitpunkte überhaupt nicht mehr zusteht, und zwar deshalb nicht, weil er die Höchstbetragshypothek nur soweit geltend machen kann, als er Forderungen hat, darüber hinaus ist sie Eigentümerhypothek. In unserem Falle wird also gar nicht über ein Recht des alten Gläubigers, vielmehr über eine Eigentümerhypothek verfügt.

Obwohl wir nun, wie sich im nächsten Kapitel zeigen wird, der Ansicht sind, daß der Grundstückseigentümer bei einer Höchstbetragshypothek auch schon vor der endgültigen Forderungsfeststellung über die ihm zustehende Eigentümerhypothek verfügen kann, so möchten wir doch der Entscheidung des Kammergerichtes nicht beistimmen. Denn in ihr handelt es sich nicht um eine Verfügung über eine gegenwärtige Eigentümerhypothek, es wird vielmehr über diejenige Eigentümerhypothek verfügt, die im Augenblicke der endgültigen Feststellung der Forderung vorhanden sein wird. Zu einer derartigen Verfügung ist der gegenwärtige Eigentümer aber keineswegs legitimiert, denn es ist sehr die Frage, ob die in jenem Zeitpunkte vorhandene Eigentümerhypothek ihm und nicht einem späteren Eigentümer zusteht.

---

5) Vgl. KGJ. 22 A S. 160 ff., 17. Juni 1901; zustimmend: Turnau-Foerster S 1016 Erl. 2 zu § 1190; Fuchs S. 578 Erl. 2 zu § 1180; Oberneck S. 687 Anm. 10; Willenbücher S. 254 Erl. 4 zu § 1190; Neumann S. 828 Erl. 2 zu § 1190; a. A. Eccius in der DJZ. 1902 S. 62 ff; Planck S. 682 Erl. 2 zu § 1180; Biermann S. 419 Erl. 5a zu § 1190; Kober S. 523 Erl. 2c zu § 1190; Kretzschmar Einführung S. 120 f.; Huth im ZBlFG. Bd. 6 S. 175 f.

6) Vgl. S. 11 f. dieser Abhandlung.

Das Kammergericht ist freilich der Ansicht, durch „die Einwilligung des Berechtigten" — damit ist die Zustimmung des alten Gläubigers gemeint — werde die Verfügung des Eigentümers gemäß § 185 Absatz 1 BGB. wirksam. Davon kann aber keine Rede sein, da der alte Gläubiger, wie oben bereits dargelegt worden ist, hier gar nicht als der Berechtigte in Frage kommt.

8. Wechsel in der Person des Gläubigers und in der Person des Schuldners.

In diesem Zusammenhange ist endlich auch noch die Frage zu prüfen, welche Wirkungen es hat, wenn bei einem durch Höchstbetragshypothek gesicherten Schuldverhältnisse auf der Seite des Gläubigers oder des Schuldners ein Personenwechsel stattfindet. Eine befriedigende Beantwortung dieser Frage ist nur dann möglich, wenn nicht nur die Vorschriften des Sachenrechtes, vielmehr auch diejenigen des Forderungsrechtes zu Rate gezogen werden. Dies soll im folgenden geschehen. Es mag dabei erlaubt sein, zwei oft durch Höchstbetragshypothek gesicherte Schuldverhältnisse — den Pachtvertrag und den Kreditvertrag — bei denen ein Wechsel in der Person des Gläubigers oder des Schuldners am ehesten vorkommen kann, etwas genauer zu erörtern.

Wenn einem Verpächter zur Sicherung seiner sämtlichen aus dem Pachtvertrage möglicherweise erwachsenden Forderungen eine Höchstbetragshypothek bestellt worden ist, so fragt es sich, welche Folgen es hat, einmal, wenn das Pachtgrundstück an einen neuen Eigentümer veräußert wird, zum anderen, wenn ein neuer Pächter während der Pachtperiode in den Vertrag eintritt.

Die Lösung der ersten Frage ergibt sich aus den §§ 581, 571 und 572 BGB. Danach tritt der Erwerber kraft Gesetzes „an Stelle des Verpächters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Pachtverhältnisse ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein", und ebenso auch in die Rechte aus der Höchstbetragshypothek, die dem Verpächter bestellt worden ist. Dies wird man sich freilich nicht so vorstellen dürfen, als ob die Hypothek ohne weiteres auf den Erwerber überginge; vielmehr wird man annehmen müssen, daß der Veräußerer verpflichtet ist, die Hypothek unter Beobachtung der Vorschriften des § 1154 BGB. auf den Erwerber zu übertragen.[1])

Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Hypothek natürlich in erster Linie für diejenigen Forderungen haftet, die der Veräußerer aus dem Pachtvertrage bereits erworben hat. Man wird ihm daher gestatten müssen, bei der Abtretung der Höchstbetragshypothek an den Erwerber einen der Höhe seiner Forderungen entsprechenden Teil der Hypothek zurückzubehalten. Der abgetretene Teil haftet dann aber für alle künftig sich aus dem Pachtvertrage ergebenden Forderungen, ohne daß es einer besonderen Zustimmung des Eigentümers bedürfte. Eine andere als die soeben versuchte Deutung läßt die Vorschrift des § 572 BGB. wohl nicht zu. Das Gesetz geht offenbar davon aus, daß eine für die Erfüllung der Verpflichtungen des Pächters geleistete Sicherheit nicht dem Verpächter persönlich, vielmehr dem jeweiligen Eigentümer des Pachtgrundstückes bestellt ist.

1) Vgl. v. Brünneck bei Gruchot Bd. 47 S. 288 ff., insbesondere S. 301.

Tritt während der Pachtperiode ein neuer Pächter an Stelle des alten in den Vertrag ein, so übernimmt er damit dessen Verpflichtungen, insbesondere diejenige, den Pachtzins zu zahlen, gewinnt dafür aber auch dessen Forderungsrecht gegen den Verpächter. Beides kann ohne Zustimmung des Verpächters nicht geschehen, wie sich aus §§ 415 Abs. 1 Satz 1 und 399 BGB. ergibt. Ist der Verpächter mit einem derartigen Wechsel in der Person des Pächters einverstanden, so fragt es sich weiter, ob die ihm bestellte Höchstbetragshypothek auch für die gegen den neuen Pächter erwachsenden Forderungen haftet. Ohne weiteres ist das nicht der Fall, es bedarf dazu vielmehr der Einwilligung dessen, der die Hypothek bestellt hat, wie aus § 418 Abs. 1 BGB. zu entnehmen ist. Diese Einwilligung kann formlos geschehen (§ 182 Abs. 2 BGB.). Eine besondere Eintragung im Grundbuch ist nicht erforderlich, da das durch die Höchstbetragshypothek gesicherte Schuldverhältnis trotz des Wechsels in der Person des Schuldners das gleiche geblieben ist.

Ist eine Höchstbetragshypothek zur Sicherung aller aus einem Kreditgewährungsvertrage entstehenden Forderungen bestellt worden, so kann ein Wechsel in der Person des Kreditgebers, also des Gläubigers der Höchstbetragshypothek, sehr leicht eintreten. Der Kreditgeber kann beispielsweise sein Geschäft veräußern, die Höchstbetragshypothek samt den bis dahin entstandenen Forderungen auf den Erwerber übertragen, und mit ihm vereinbaren, daß dieser an seiner Statt in den Kreditgewährungsvertrag eintreten solle. Wird diese Vereinbarung vom Kreditempfänger genehmigt, was nach § 415 Abs. 1 BGB. zu ihrer Wirksamkeit durchaus erforderlich ist, so fragt es sich, ob die Hypothek dem neuen Kreditgeber auch für diejenigen Forderungen dingliche Sicherheit gewährt, die er infolge der Fortsetzung der Kreditgewährung in Zukunft erst erlangt.

Erlanger, der die hier in Betracht kommenden Fragen in einem besonderen Aufsatze ziemlich eingehend erörtert hat[2]), glaubt, diese Frage verneinen zu müssen. Er meint, es müsse zu der Abtretung der Höchstbetragshypothek noch eine Forderungsauswechselung gemäß § 1180 BGB. hinzutreten; ohne diese Auswechselung werde die Hypothek für die in Zukunft entstehenden Forderungen nicht haften, da sie nur zur Sicherung der Forderungen des ursprünglichen Kreditgebers, nicht aber zur Sicherung derjenigen seines Rechtsnachfolgers bestellt worden sei.

Diese Ansicht wäre nur dann richtig, wenn das durch die Höchstbetragshypothek gesicherte Forderungsverhältnis durch den Wechsel in der Person des Kreditgebers ein ganz anderes geworden wäre. Das ist aber nicht der Fall. Das Forderungsverhältnis ist trotz des Personenwechsels das alte geblieben, es sind nur alle aus ihm entspringenden Forderungen, sowohl die bereits entstandenen, wie auch die erst in Zukunft entstehenden, auf einen neuen Gläubiger übertragen worden. Daß es aber möglich ist, auch zukünftige Forderungen, wenn sie nur genügend bestimmt sind, auf einen andern Gläubiger zu übertragen, und daß dabei auch die für die zukünftigen Forderungen bestelllte Hypothek mit übertragen werden kann, ist oben[3]) bereits erwähnt worden. Es bedarf daher der Weitläufigkeit einer Forderungsauswechselung, die Erlanger für nötig hält, keineswegs.

---

2) Vgl. Erlanger in Holdheims MSchr. 1905 S. 10 f.; Planck S. 719 Erl. 6 zu § 1190; KGJ. 28 A S. 145 ff., 27. Juni 1904.
3) Vgl. S. 29 dieser Abhandlung.

Wollte man sie hier fordern, so könnte man sie auch dann nicht entbehren, wenn der ursprüngliche Kreditgeber gestorben und ein Erbe an seine Stelle getreten wäre. In diesem Falle wird aber wohl niemand eine Forderungsauswechselung fordern.

Tritt beim Kreditgewährungsvertrage ein neuer Kreditnehmer an die Stelle des alten in den Vertrag ein, dergestalt, daß er alle aus dem Vertrage sich ergebenden Rechte und Pflichten übernimmt, so ist das, soweit es den erst in Zukunft zu gewährenden Kredit betrifft, eine Forderungsübertragung, die bei der Eigenart der übertragenen Forderung ohne die Zustimmung des Kreditgebers nicht wirksam ist.[4]) Auf der andern Seite stellt sich der Wechsel in der Person des Kreditnehmers aber auch als eine Schuldübernahme dar, da der neue Kreditnehmer durch den Eintritt in den Vertrag verpflichtet wird, die bereits entstandenen und die in Zukunft entstehenden Forderungen des Kreditgebers zu bezahlen. Zur Wirksamkeit dieser Schuldübernahme ist wiederum die Zustimmung des Kreditgebers erforderlich (§ 415 Abs. 1 BGB.).

Soll die Höchstbetragshypothek, die zur Sicherung aller aus dem Vertrage entstehenden Forderungen bestellt worden ist, auch für die Forderungen haften, die der Kreditgeber erst durch die Fortsetzung des Kreditverkehrs mit dem neuen Kreditnehmer erlangt, so muß außerdem noch derjenige, der die Hypothek bestellt hat, in die Schuldübernahme einwilligen (§ 418 Abs. 1 BGB.). Wie oben ausgeführt worden ist[5]), kann diese Einwilligung formlos gegeben werden und bedarf zu ihrer Wirksamkeit nicht der Eintragung in das Grundbuch.

9. Gesetzlicher Uebergang der Höchstbetragshypothek auf den Eigentümer und auf andere Personen.

Die Vorschriften über die Eigentümerhypothek, die dem Hypothekenrechte des BGB. sein eigentümliches Gepräge geben, finden auch auf die Höchstbetragshypothek Anwendung. Dies ist bereits in den Protokollen[1]) ausdrücklich hervorgehoben worden, und hat im Gesetze selbst dadurch einen unzweideutigen Ausdruck gefunden, daß § 1185 BGB., der diejenigen Paragraphen angiebt, die auf die Sicherungshypothek keine Anwendung finden, die hier einschlagenden §§ 1163 ff. nicht erwähnt. Auch das Reichsgericht und das Kammergericht haben sich ausdrücklich in diesem Sinne ausgesprochen.[2])

Ein einziger Schriftsteller, Leonhard, ist der Ansicht, die §§ 1163 ff. BGB. könnten auf die Höchstbetragshypothek keine Anwendung finden.[3]) Die Gründe, die er für seine Behauptung anführt — er befürchtet, der Eigentümer werde, wenn man das Gegenteil annehme, die Hypothek zu dem die Forderung des Gläubigers übersteigenden Betrage von vorneherein endgültig als Eigentümergrundschuld erwerben, und dadurch den Gläubiger um alle Sicherung für die in Zukunft erst entstehenden Forderungen bringen — können höchstens den Schluß rechtfertigen, daß die genannten

4) Vgl. Planck Bd. II S 543 Erl. V 1 a und b vor § 607, sowie S. 273 f. Erl. 1 u. 3 zu § 399.
5) Vgl. S 37 dieser Abhandlung.
1) Vgl. Prot. S. 687.
2) Vgl. RG. 55 S. 217 ff., 15. Juni 1903; KGJ 21 A S. 159, 5. Nov. 1900.
3) Vgl Eck-Leonhard S. 297 Anm. 1.

Paragraphen nicht ohne weiteres, vielmehr nur sinngemäß auf die Höchstbetragshypothek angewendet werden dürfen, schließen aber ihre Geltung für diese Hypothek keineswegs völlig aus.

Zunächst ist hier eine Vorfrage zu prüfen, die allerdings nicht nur für die Höchstbetragshypothek, sondern für alle Hypotheken Bedeutung hat, die aber wegen ihrer großen Wichtigkeit auch hier erörtert werden muß. Es ist die, ob auch aus einer unwirksamen Hypothek, d. h. aus einer solchen, der eine gültige Einigung nicht zugrunde liegt, eine Eigentümerhypothek entstehen könne. Diese Frage ist sehr bestritten.

Zuerst hat Dernburg aus praktischen Gründen im Falle einer unwirksame Hypothekenbestellung eine analoge Anwendung der §§ 1163 ff. BGB. gefordert; er hält es für inkonsequent, daß „ein nacheingetragener Gläubiger vorrücken soll, wenn das früher eingetragene Pfandrecht infolge Betruges angefochten wird, nicht aber, wenn die Forderung, um derentwillen die Eintragung geschah, solche Anfechtung erfährt".[4]) Ihm sind viele Bearbeiter des Hypothekenrechtes gefolgt; jedoch unterscheiden sich diese Schriftsteller dadurch von ihm, daß sie nicht nur eine analoge, vielmehr die unmittelbare Anwendung der §§ 1163 ff. BGB. für zulässig halten.[5]) Fuchs, der diese Ansicht besonders ausführlich begründet hat, weist u. a. darauf hin, daß das Gesetz in den §§ 1163 ff. zur Entstehung der Eigentümerpolitik nichts weiter verlange, als daß die Forderung nicht entstanden oder wieder erloschen sei usw.

Wohin eine derartige Gesetzesauslegung führt, die in einer übertriebenen Weise die negativen Voraussetzungen der Eigentümerhypothek betont und der positiven nicht achtet, sieht man bei Kindel, der auch dann noch die Entstehung einer Eigentümerhypothek für möglich hält, wenn nicht nur die Einigung, vielmehr auch die Hypothekeneintragung ungültig ist, wenn etwa ein geschäftsunfähiger Eigentümer sie bewilligt hat.

Daß man so weit nicht gehen darf, erkennen andere Schriftsteller, die Kindels Standpunkt im übrigen teilen, ausdrücklich an.[6]) Mit Recht weist Planck[7]) darauf hin, daß außer den in den §§ 1163 ff. enthaltenen negativen Voraussetzungen „alle übrigen Voraussetzungen der Entstehung des dinglichen Rechtes auch für die Entstehung der Eigentümerhypothek erforderlich sind". Bei einer anderen Auslegung des Gesetzes würde es an jeder Vorschrift über die positiven Voraussetzungen der Eigentümerhypothek fehlen.

Den stärksten Beweisgrund, den Fuchs für die Richtigkeit seiner Ansicht vorzubringen weiß, bildet die folgende Erwägung: Die Eigentümerhypothek sei, so führt dieser Schriftsteller aus, in der Tat nichts anderes als eine Eigentümergrundschuld, wie sich aus § 1177 BGB. deutlich ergebe. Zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld bedürfe es aber gar keiner dinglichen Einigung, da nach § 1196 BGB. zu ihrer Bestellung außer der Eintragung nichts weiter erforderlich sei, als die Erklärung des Eigentümers, daß eine Grundschuld für ihn eingetragen werden

4) Vgl. Dernburg S. 619 § 221 II 2.
5) Vgl. Schilde S. 31 f.; Fuchs S. 520 f.; Bruck S. 165 f.; Julian Goldschmidt im Arch. BR. Bd. 20 S. 29 f.; Oberneck S. 663 f.; Willenbücher S 210 Erl. II b zu § 1163; Kindel S. 101 f.; Herold im ZBlFG. Bd. 4 S. 699 Anm.; Böckel S. 91.
6) Vgl. z. B. Oberneck S. 665 unten.
7) Vgl. Planck S. 636 unten Erl. 2 Abs. 2 zu § 1190.

solle. Man könne aber mit Hülfe des § 140 BGB. die Bewilligung des Eigentümers, daß für den Gläubiger eine Hypothek bestellt werden solle, unbedenklich in die hier geforderte Erklärung konvertieren. Noch weiter gehen Schilde und Bruck[8]), die der Ansicht sind, der Eigentümer könne die Eigentümergrundschuld auch dann noch erwerben, wenn er vor der Eintragung der Hypothek überhaupt keine gültige Erklärung abgegeben habe, wofern er nur nachträglich durch den Antrag, die für den Gläubiger eingetragene Hypothek solle auf seinen Namen umgeschrieben werden, den Willen, die Eigentümergrundschuld zu erwerben, zum Ausdruck bringe.

Wenn man diesen Ausführungen beipflichten könnte, so wäre allerdings jede Schwierigkeit überwunden; dann würde auch eine durch Zufall oder durch Unachtsamkeit des Grundbuchrichters entstandene Eintragung genügen, wenn der Eigentümer nur den Willen hätte, sich dieselbe zunutze zu machen. In der Tat liegt aber in den Ausführungen Schildes und Brucks und ebenso in denen von Fuchs eine petitio principii. Weder ist die zur Entstehung einer Gläubigerhypothek erforderliche Eintragung identisch mit der zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld des Eigentümers geforderten, noch läßt sich die Erklärung des Eigentümers, es solle für einen Gläubiger eine Hypothek zur Sicherung einer bestimmten Forderung eingetragen werden, in die grundverschiedene Erklärung, es solle für ihn selbst eine Grundschuld eingetragen werden, konvertieren.

In Uebereinstimmung mit der Rechtsprechung[9]) nimmt daher die Mehrzahl der Schriftsteller [10]) mit Recht an, daß nur aus einer wirksamen Hypothek eine Eigentümergrundschuld entstehen könne. Daß die Mehrheit der zweiten Kommission für die Beratungen des BGB. jedenfalls dieser Ansicht gewesen ist, geht aus einer Bemerkung in den Protokollen mit aller wünschenswerten Deutlichkeit hervor.[11]) Es läßt sich aber auch vom Standpunkt des Gesetzes selbst nur diese Ansicht rechtfertigen. Das Gesetz hätte wohl kaum die Fälle, in denen eine Eigentümerhypothek entsteht, mühsam einzeln aufgezählt, anstatt ein allgemeines Prinzip anzugeben, wenn es nicht dadurch hätte zum Ausdrucke bringen wollen, daß nur in den von ihm genau bezeichneten Fällen, und in keinem sonst, eine Eigentümerhypothek entstehen könne.[12]) Daher kann auch eine analoge Anwendung der §§ 1163 ff. BGB., die Dernburg empfiehlt, als zulässig nicht erachtet werden.

Es läßt sich freilich nicht verkennen, daß das Vorrücken der hinter einer wirksamen Hypothek eingetragenen Hypothek, eine notwendige Folge der herrschenden Ansicht, den Eigentümer oft hart treffen kann. Crome[13]) will dadurch helfen, daß er in solchem Falle einen Rangvorbehalt zu Gunsten

8) Vgl. Schilde und Bruck a. a. O.
9) Vgl. KGJ. 27 A S. 128 ff., 14 Dez. 1903; O Königsberg 12 April 1902 Rspr. 5 S. 9; O. Colmar 14. April 1905, Rspr. 11 S. 16; O. Jena 13. Januar 1906 im ZBlFG. Bd. 6 S. 779.
10) Vgl. Planck S. 635 ff. Erl. 2 zu § 1163; Kober S. 467 Erl II 1 b zu § 1163; Biermann S. 372 f Erl. 6 zu § 1163; Turnau-Foerster S. 912 f. Erl. II 1 zu § 1163; Predari S. 225; Achilles-Strecker S. 270; Hachenburg S. 530; Endemann S. 739 Anm. 13; Crome S. 739 f.; Gierke S. 925; Boehm S. 238 Erl. IV zu § 1163; Maenner S. 399 Anm. 3; Kretzschmar S. 538; Eck-Leonhard S. 298; Grützmann im SächsA. Bd. 8 S. 270 und 280; Eccius bei Gruchot Bd. 45 S. 456; Hirsch im ArchBR. Bd. 25 S. 237 f.; Aßbaß in JherJ. Bd. 50 S. 397; Horn S. 73 ff.
11) Vgl. Prot. S. 604.
12) Vgl. Biermann und Horn a. a. O.
13) Vgl. Crome a. a. O.

des Eigentümers annimmt, und zwar auch dann, wenn dieser Rangvorbehalt nicht ausdrücklich erklärt und in das Grundbuch eingetragen worden ist.

Diese Ansicht kann deshalb nicht gebilligt werden, weil sie den Regeln unseres Sachenrechtes, das vor allen Dingen Offenkundigkeit fordert, durchaus widerspricht. Dagegen wird man dem Eigentümer einen obligatorischen Anspruch gegen einen Nachhypothekar zubilligen müssen, der, obwohl ihm nur eine Hypothek von schlechterem Range zugesagt war, infolge der Unwirksamkeit der ihm vorgehenden Hypothek in deren Rang vorrückt. Der Nachhypothekar ist in solchem Falle offenbar auf Kosten des Eigentümers ohne rechtlichen Grund bereichert; er muß es sich daher gefallen lassen, daß der Eigentümer an Stelle der unwirksamen Hypothek eine neue Hypothek von gleichem Umfange mit dem Vorrange vor seiner Hypothek bestellt.[14]) Damit ist dem schlimmsten Uebelstande, den die herrschende Meinung für den Eigentümer zur Folge hat, abgeholfen.

Indem wir uns jetzt der Frage zuwenden, welche Bedeutung die die Eigentümerhypothek betreffenden Vorschriften für die Höchstbetragshypothek haben, kommen wir zu einem der bestrittensten Gebiete des ganzen Hypothekenrechtes. Die Darstellung der hier in Betracht kommenden Verhältnisse wird an Klarheit gewinnen, wenn wir die Anwendung jeder einzelnen dieser Vorschriften auf die Höchstbetragshypothek für sich erörtern.

§ 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. bestimmt: „Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu." Diese Vorschrift wird von der Rechtsprechung[15]) und von vielen Schriftstellern[16]) dahin ausgelegt, daß bei der Höchstbetragshypothek eine Eigentümerhypothek — oder wie wir mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 1177 besser sagen: eine Eigentümergrundschuld — erst dann entstehen könne, wenn die gesicherte Forderung endgültig festgestellt worden sei, und zwar nur für den Betrag, um den der Höchstbetrag den endgültig festgestellten Betrag der Forderung übersteige. Die Vertreter dieser Ansicht nehmen an, die Höchstbetragshypothek stehe von ihrer Bestellung bis zur vorbehaltenen Feststellung der Forderung zum vollen Betrage dem Gläubiger zu, wenn er auch zeitweilig gar keine Forderung habe, zu deren Sicherung die Hypothek dienen könne. Der bloße Fortbestand des durch die Hypothek gesicherten Rechtsverhältnisses und die Möglichkeit, daß neue Forderungen aus ihm hervorgehen könnten, sei hinreichend, die Umwandlung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld zu verhindern. Zur Begründung dieser Ansicht wird ausgeführt, vor der endgültigen Feststellung könne nicht die Rede davon sein, daß die Forderung zu irgend einem Teile nicht zur Entstehung gelangt sei, und zwar deshalb nicht, weil sie bis zu jener Feststellung immer noch zunehmen könne.

---

14) Vgl. Bruck, Biermann, Turnau-Foerster a. a. O.

15) KGJ. 21 A S. 159, 5. Nov. 1900; KGJ 28 A S. 269 f., 6. Juni 1904; Beschl. des Kammergerichts vom 4. Juli 1904 im ZBlFG. Bd. 6 S. 382 No. 426; KGJ 30 A S. 243 ff., 16. Febr. 1905; O. Celle 4. Nov. 1901 Rspr. 4 S. 74 f.; O. Dresden 7. März 1902, Rspr. 4 S. 377 ff.; O. Dresden 5. Dez. 1902 im ZBlFG. Bd 3 S. 467 f.; RG. 51 S. 115 ff., 19. März 1902: RG. 55 S. 217 ff., 15. Juni 1903; RG. 56 S. 322 ff., 20. Jan. 1904; RG 61 S. 37 ff., 27. Mai 1905.

16) Vgl. Hachenburg S. 598; Boehm S. 295 Erl. V zu § 1190; Crome S. 799 § 484 No. 2; Kretzschmar S. 603 ff.; Reinhard im ZBlFG Bd. 3 S. 42; von Henle im Recht 1906 S. 69; Cohn S. 24 und 35; Hecking S. 31; Fahle S. 24; Turnau-Foerster S. 1026 f. Erl. 10 zu § 1190; Oberneck S. 956; Willenbücher S. 256 Erl. 9 zu § 1190; Güthe S. 474.

Wir vermögen dieser Ansicht nicht beizustimmen, da die erheblichsten Bedenken gegen sie sprechen:

Bei allen Sicherungshypotheken, also auch bei der Höchstbetragshypothek, bestimmt „das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung" (§ 1184 Abs. 1 BGB.). Mit dieser grundlegenden Bestimmung läßt sich die soeben vorgetragene Ansicht, nach der die Höchstbetragshypothek auch für den Betrag, dem keine Forderungen des Gläubigers entsprechen, diesem zustehen soll, durchaus nicht vereinigen. Das hieße doch nicht anderes, als daß ihm ein Recht ohne Inhalt zustände. Ein derartiges inhaltloses Recht könnte aber das Vorrücken der nachstehenden Hypotheken nicht verhindern. Gerade deshalb, um dieses Vorrücken unmöglich zu machen, weist das Gesetz denjenigen Teil der Hypothek, dem eine Forderung des Gläubigers nicht entspricht, dem Eigentümer zu.[17])

Mit Recht weisen ferner Planck und Horn[18]) auf den Widerspruch hin, der darin liegt, daß das Reichsgericht eine Höchstbetragshypothek von vorneherein in vollem Umfange dem Gläubiger zuweist, während es eine Verkehrshypothek für eine zukünftige Forderung dem Gläubiger erst dann zuspricht, wenn diese Forderung tatsächlich entstanden ist.[19]) Hier soll die Hypothek dem Eigentümer also insoweit zustehen, als die durch sie gesicherte Forderung *noch nicht* entstanden ist, dort, soweit sie *nicht mehr* zur Entstehung gelangen kann. Der Wortlaut des § 1163 Abs. 1 BGB. läßt beide Auslegungen zu; doch möchten wir der ersten auch bei der Höchstbetragshypothek den Vorzug geben, weil nur mit Hülfe dieser Auslegung das widerspruchsvolle Rechtsgebilde eines inhaltlosen Hypothekenrechtes des Gläubigers vermieden werden kann.

Es spricht ferner gegen die von uns bekämpfte Ansicht, daß sie zu einem praktisch wenig brauchbaren Ergebnisse führt. Die endgültige Feststellung der Forderung, von der jene Ansicht die Entstehung der Eigentümerhypothek abhängig macht, ist kaum zu erlangen. Wenn das Rechtsverhältnis, zu dessen Sicherung die Hypothek bestellt ist, sein Ende erreicht hat, wenn ferner der Hauptanspruch des Gläubigers festgestellt worden ist, so bedeutet das immer noch keine endgültige Feststellung der Forderung. Nach § 1190 Abs. 2 BGB. müssen nämlich die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet werden, die gesicherte Forderung kann daher immer noch zunehmen; und wenn sie auch nach der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung unverzinslich sein sollte, so können doch gesetzliche Zinsen ihren Betrag immer noch erhöhen. Erst dann, wenn dies nicht mehr möglich ist, kann ihre Höhe endgültig festgestellt werden.[20]) Das hat aber zur Folge, daß eine Eigentümerhypothek gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. nach der von uns mißbilligten Ansicht nur dann entstehen könnte, wenn entweder bei der Feststellung gar keine Forderung des Gläubigers vorhanden wäre, oder wenn die Höchstbetragshypothek zum Betrage der festgestellten Forderung in eine schlichte Sicherungs- oder Verkehrshypothek umgewandelt würde. Im letzteren Falle würde sich nicht nur der bezahlte Betrag nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. in eine Eigentümergrundschuld

17) Vgl. Endemann S. 742 Anm. 27.
18) Vgl. Planck S. 715 Erl. 4 a zu § 1190; Horn S 86 Anm. 24 a.
19) Vgl. RG. 51 S. 44, 28. Febr. 1902; Willenbücher S. 150 Erl. 5 zu § 1113.
20) Vgl. Kretzschmar, Cohn, Turnau-Förster, O Dresden 7. März 1902 und 5. Dez 1902 a. a. O.; RG. 55 S. 217 ff.

verwandeln, vielmehr auch der diesen Betrag übersteigende Teil des Höchstbetrages; dieser Teil nach Maßgabe der oben angeführten Vorschrift. Dagegen bliebe die Höchstbetragshypothek in allen übrigen Fällen in vollem Umfange als Gläubigerhypothek bestehen, wenn auch ein arges Mißverhältnis zwischen der festgestellten Hauptforderung des Gläubigers und dem Höchstbetrage der Hypothek bestände.

Kretzschmar glaubt freilich, der Eigentümer könne in einem solchen Falle, gestützt auf § 226 BGB., den Verzicht des Gläubigers auf einen entsprechenden Teil der Hypothek verlangen. Es kann aber in Wahrheit von einem derartigen Anspruche des Eigentümers nicht die Rede sein. Ein Gläubiger, der in solchem Falle nicht geneigt ist, auf einen Teil der Höchstbetragshypothek zu verzichten, übt sein durch die Hypothekenbestellung gewonnenes Recht keineswegs *nur* zu dem Zwecke aus, dem Eigentümer Schaden zuzufügen. Es ist vielmehr wohl verständlich, daß der Gläubiger *infolge* der Ungewißheit über die Höhe seiner in Zukunft etwa noch entstehenden Zinsforderungen auf keinen Teil der Hypothek verzichten mag.[21])

In ähnlicher Weise wie Kretzschmar, nur mit einer anderen Begründung, erklärt auch das Reichsgericht in seinem oben bereits angeführten Urteile vom 20. Januar 1904 den Gläubiger in einem solchen Falle für verpflichtet, einen entsprechenden Teil der Hypothek zu Gunsten des Eigentümers aufzugeben. Zur Begründung dieser Entscheidung führt das Reichsgericht aus, wenn erwiesen sei, daß die durch die Höchstbetragshypothek gesicherte Forderung über einen bestimmten Betrag hinaus nicht mehr zur Entstehung gelangen werde, so stehe damit fest, daß sich die Hypothek, soweit sie diesen Betrag übersteige, nach § 1163 Absatz 1 Satz 1 BGB. in eine Eigentümergrundschuld umgewandelt habe.

Das Reichsgericht legt die Bestimmung dieses Paragraphen in ihrer Anwendung auf die Höchstbetragshypothek hier offenbar ganz anders aus, als es sonst zu tun pflegt. Während es in den anderen oben angeführten Urteilen zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld die Feststellung fordert, daß die gesicherte Forderung zu einem entsprechenden Teile des Höchstbetrages nicht zur Entstehung *gelangt sei*, soll hier die Gewißheit, daß sie zu einem bestimmten Teile des Höchstbetrages nicht zur Entstehung *gelangen werde*, genügen. Dabei ist dieser Teil in dem Urteile vom 20. Januar 1904 ziemlich willkürlich bestimmt, er hätte ebensogut auch etwas größer oder etwas kleiner bemessen werden können. Das Reichsgericht ist in dem erwähnten Urteile offenbar nur darauf bedacht, ein unbilliges praktisches Ergebnis zu vermeiden, um die Stichhaltigkeit der theoretischen Begründung seiner Entscheidung ist es dagegen nur wenig besorgt.

Endlich muß hier noch auf die Folgewidrigkeit hingewiesen werden, deren sich das Reichsgericht[22]) und die Mehrzahl der seine Ansicht teilenden Schriftsteller [23]) dadurch schuldig machen, daß sie die Eigentümerhypothek, die ihrer Meinung nach doch erst durch die endgültige Feststellung der Forderung zur Entstehung gelangt, nicht etwa demjenigen

21) Vgl. Cohn a. a. O.
22) Vgl. RG. 55 S. 217 ff.; Beschl. des Kammergerichts vom 4. Juli 1904 im ZBlFG. Bd. 6 S. 382 No. 426.
23) Vgl. Turnau-Foester, Güthe, Kretzschmar, Reinhard a. a. O.; Oberneck bei Gruchot Bd. 47 S. 331; Jaeckel im ZBlFG. Bd. 4 S. 279 ff.

zuweisen, der zur Zeit dieser Feststellung Eigentümer des belasteteten Grundstückes ist[24]), vielmehr demjenigen, der zur Zeit der Bestellung der Hypothek Eigentümer des Grundstückes war.

Wenn das Reichsgericht in seinem Urteile ausführt: „nicht die Zeit der Feststellung, sondern die festgestellte Tatsache selbst, daß nämlich die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, muß entscheidend sein", und daraus folgert: „dies führt — die Feststellung mag früher oder später erfolgen — zunächst auf die Zeit der Begründung zurück, also auf denjenigen Eigentümer, der es war, als die Hypothek eingetragen wurde", so ist dies lediglich eine Behauptung und nichts weniger als ein Beweis. Die Folgerung des Reichsgerichtes ist offenbar nur dann richtig, wenn es sich um die Entstehung einer Eigentümergrundschuld aus einer festen Verkehrs- oder Sicherungshypothek handelt. Daher bringt denn auch Jaeckel, der in dem angeführten Aufsatze die Entscheidung des Reichsgerichtes eingehend rechtfertigt, zum Beweise ihrer Richtigkeit ein Beispiel vor, daß nicht etwa eine Höchstbetragshypothek, vielmehr eine Darlehenshypothek von festem Betrage zum Gegenstande hat. Bei der Höchstbetragshypothek läßt sich in der Tat vom Standpunkte des Reichsgerichtes aus nur die Entscheidung rechtfertigen, die Cohn trifft, mit den Worten: „ist es richtig, daß die im § 1163 Absatz 1 BGB. ausgesprochene Wirkung erst in dem Momente eintritt, wo die Entstehungsmöglichkeit weiterer Forderungen ausgeschlossen ist, so kann unter „dem Eigentümer" des § 1163 Absatz 1 BGB. nur derjenige verstanden werden, der das Grundstück zur Zeit des Eintrittes dieser Wirkung inne hat, nicht aber irgend ein früherer."[25])

Der zuletzt getadelten Folgewidrigkeit und den vorher dargelegten Schwierigkeiten theoretischer und praktischer Art kann man nur dadurch entgehen, daß man sich der Ansicht derjenigen Schriftsteller anschließt, die die Höchstbetragshypothek von vorne herein insoweit dem Eigentümer zusprechen, als eine Forderung des Gläubigers noch nicht zur Entstehung gelangt ist.[26])

Daß diese auch von uns gebilligte Ansicht den Wortlaut des Gesetzes nicht gegen sich hat, sich vielmehr mindestens ebensogut mit ihm verträgt, wie die von uns bekämpfte Meinung, ist oben bereits dargelegt worden. Von unserem Standpunkte aus versteht es sich auch ganz von selbst, und bedarf keiner näheren Begründung, daß die Eigentümergrundschuld des § 1163 Absatz 1 Satz 1 demjenigen zusteht, der zur Zeit der Bestellung der Höchstbetragshypothek Eigentümer des belasteten Grund- Bestellung der Höchstbetragshypothek Eigentümer des belastenden Grundstückes war. Ferner wird auf diese Weise auch der widerspruchsvolle Begriff einer inhaltlosen Gläubigerhypothek vermieden: soweit die Forderung des Gläubigers reicht, reicht auch sein Hypothekenrecht, der Rest der Höchstbetragshypothek ist Eigentümergrundschuld.

---

24) So nur Cohn und von Henle a. a. O., während Reinhrrd nnd Kretzschmar, die früher, der erste im Recht 1902 S. 31 ff., der zweite im ZBlFG. Bd. 4 S. 195 ff., diese Auffassung geteilt haben, später infolge von Jäckels Aufsatz im ZBlFG. der Ansicht des Reichsgerichts beigetreten sind.

25) Vgl. Cohn S 24; Aßbaß a. a. O. S. 393 f.

26) Vgl. Planck S. 715 f. Erl. 4 a zu § 1190; Endemann S. 880 No. 2; Gierke S. 908; Fuchs S. 621 Erl. 11 zu § 1190; Predari S. 305; Kindel S 104 f.; Hirsch im Arch BR. Bd. 25 S. 235 ff.; Böckel S. 21 No. 3; Horn S. 86; Aßbaß in JherJ. Bd. 50 S. 390 ff.

Endlich verdient unsere Ansicht vor der von uns bekämpften auch deshalb den Vorzug, weil sie, was diese nicht vermag, eine unzweideutige Antwort auf die Frage giebt, welcher Art das Recht ist, das dem Grundstückseigentümer vor der endgültigen Feststellung der Forderung des Gläubigers zusteht. Für den, der unsere Ansicht teilt, liegt es klar zu Tage, daß der Eigentümer in der ihm von vorne herein zustehenden Eigentümergrundschuld ein dingliches Recht besitzt, über das er sogleich verfügen, das ihm aber auch sogleich weggepfändet werden kann.

Auch die Vertreter der herrschenden Ansicht[27]) nehmen an, daß der Eigentümer schon vor der endgültigen Feststellung der Forderung ein, gleichviel wie geartetes Recht besitzt, über das er, wennschon nur bedingt, verfügen kann, und das, was wichtiger ist, von seinen Gläubigern gepfändet werden kann. Doch sucht man vergeblich nach einem befriedigenden Aufschlusse darüber, welcher Art dieses Recht denn sein soll. Das Kammergericht giebt in dem soeben angeführten Urteile folgende Erklärung: „Bestellt der Grundstückseigentümer einem dritten für eine der Existenz und dem Betrage nach zur Zeit noch unbestimmten Forderung eine Höchstbetragshypothek, so erlangt er kraft Gesetzes das Recht, daß, soweit die Forderung des dritten nicht zur Entstehung kommt, die Hypothek als Eigentümergrundschuld auf ihn übergeht, also einen in seiner Grundlage schon bestehenden, in seiner Existenz noch bedingten Anspruch"; ein wenig später wird ausdrücklich hervorgehoben, das Recht des Eigentümers auf den Erwerb einer Eigentümergrundschuld sei jedenfalls nicht dinglich.

Daß diese Auffassung ganz unhaltbar ist, hat Du Chesne[28]) in einem längerem Aufsatze nachgewiesen. Vor allen Dingen hat das Kammergericht darin Unrecht, daß es das Recht des Eigentümers auf den Erwerb der Eigentümerhypothek als einen Anspruch bezeichnet, trotzdem doch von einem solchen schlechterdings nicht die Rede sein kann, da es ja durchaus an einer Person fehlt, gegen die dieser Anspruch sich richten könnte. Die Auffassung des Kammergerichts ist denn auch vom Reichsgerichte ausdrücklich mißbilligt worden,[29]) doch hat dieses Gericht selbst dabei nichts besseres vorgebracht, als die wenig fördernde Erklärung, man müsse wohl annehmen, daß das hier in Betracht kommende Recht des Eigentümers ein dingliches sei.

Auch das oben angeführte Urteil des Reichsgerichtes vom 19. März 1902 bietet keine Lösung der Frage, dagegen tritt die Folgewidrigkeit der herrschenden Meinung wohl nirgends schroffer hervor, als gerade in diesem Urteile. Zunächst wird darin behauptet, daß die Höchstbetragshypothek nicht von vorne herein Eigentümerhypothek sei, dies vielmehr erst dann werden könne, wenn es sich entschieden habe,daß und in welchem Betrage die zu sichernde Forderung unter dem eingetragenen Höchstbetrage bleibe. Weiter heißt es in diesem Urteile: „Den der Höchstbetragshypothek entsprechenden Grundstückswert hat der Eigentümer, solange das Kreditverhältnis besteht, nicht zu seiner freien Verfügung, auch nicht in dem Betrage, der die aus diesem Verhältnisse bis dahin entsprungenen

27) Vgl. RG. 51 S. 115 ff., 19. März 1902; KGJ. 30 A S. 243 ff. 16. Febr. 1905; Oberneck S. 956; Willenbücher S. 256 Erl. 9 zu § 1190.
28) Vgl. Du Chesne in der DJZ. 1905 S. 803 ff.; Aßbaß in JherJ Bd. 50 S. 388; Güthe in der ZDNV. 1906 S. 730 f.
29) RG. 61 S. 374 ff., 18. Okt. 1905.

Forderungen überragt, sondern verfügen kann er darüber nur, mit der Bedingung, daß nicht auch diesem Betrage noch Forderungen aus dem Kreditverhältnisse gegenübertreten." Irgend eine Begründung dieser Behauptung fehlt durchaus; von dem Standpunkte aus, den das Urteil im Uebrigen einnimmt, kann eine einleuchtende Begründung auch schwerlich gegeben werden.

Wenn die Eigentümergrundschuld erst in dem Augenblicke der Feststellung der Forderung entsteht, so ist nicht einzusehen, was für ein Recht der Eigentümer vor dieser Feststellung haben sollte, über das er, wenn auch nur bedingt verfügen könnte. Allerdings hat der Eigentümmer nach der Ansicht des Reichsgerichtes vom Augenblicke der Hypothekenbestellung an die Aussicht, unter Umständen eine Eigentümergrundschuld zu erwerben. Man kann aber nur über Rechte, dagegen nicht auch über eine bloße Aussicht verfügen.[30])

Es spricht nicht wenig für die Richtigkeit unserer Ansicht, daß sie in diesem Punkte nicht ebenso versagt, wie die herrschende Meinung, vielmehr eine klare und unzweideutige Auskunft zu geben vermag. Man wird ihr daher trotz der Bedenken, die gegen sie vorgebracht werden, vor jener den Vorzug geben müssen; diese Bedenken sind denn auch in der Tat nicht begründet.

Cohn[31]) will einen Einwand gegen unsere Ansicht daraus herleiten, daß nach ihr der Umfang der Eigentümergrundschuld abnimmt, wenn die Forderung des Gläubigers wächst. Dies widerspreche, so führt Cohn aus, dem Wesen der Grundschuld, die sich gerade dadurch von der Hypothek unterscheide, daß sie vom Bestande einer Forderung nicht abhängig sei.

Dieser Einwand ist deshalb nicht stichhaltig, weil die Eigentümergrundschuld ein ganz anderes Rechtsgebilde ist, als die Grundschuld der §§ 1191 ff. BGB. Dies ergiebt sich mit aller Deutlichkeit aus der Bestimmung des § 1177 Absatz 1 Satz 2 BGB. Cohn hätte nur dann Recht, wenn es sich irgendwie aus dem Gesetze entnehmen ließe, daß die Eigentümergrundschuld nur als festes Recht von unveränderlichem Umfange gedacht werden könne, und daß sie die Beweglichkeit nicht vertrage, die eine charakteristische Eigentümlichkeit des aus § 1190 BGB. sich ergebenden Gläubigerrechtes bildet. Das ist aber keineswegs der Fall.

Bedeutsamer als Cohns Einwand ist das Bedenken, unsere Ansicht habe zur Folge, daß das Grundbuch der Regel nach von der Bestellung der Höchstbetragshypothek an unrichtig sei, daß demgemäß der Grundstückseigentümer von vorne herein berechtigt sei, die Umschreibung desjenigen Betrages der Hypothek auf seinen Namen zu verlangen, dem eine Forderung des Gläubigers nicht entspreche[32]), daß ferner der Grundstückseigentümer durch Verfügungen über die ihm von Anfang an zustehende Eigentümerschuld den Gläubiger um alle Sicherung für dessen später noch entstehende Forderungen bringen und dadurch den Zweck der Höchstbetragshypothek vereiteln könne[33]).

30) Vgl. Du Chesne a. a. O.
31) Vgl. Cohn S 24.
32) Vgl. Hecking S. 33.
33) Vgl. O. Celle 4 Nov. 1901 Rspr. 4 S. 74 f.; O. Dresden 5. Dez. 1902 im ZBlFG. Bd. 3 S. 467 f.

Wäre ein derartiges Ergebnis die notwendige Folge unserer Ansicht, so müßte sie ohne weiteres verworfen werden. In Wahrheit kann aber keine Rede davon sein, daß das Grundbuch von vorne herein unrichtig und daher berichtigungsbedürftig wäre. Die bei der Höchstbetragshypothek erfolgende Eintragung besagt nicht, daß der Gläubiger von vorne herein ein Hypothekenrecht zum vollen eingetragenen Höchstbetrage habe, sie bringt vielmehr nur das zum Ausdrucke, daß sein Hypothekenrecht möglicherweise den vollen Höchstbetrag erreichen kann, dann nämlich, wenn seine Forderung bis zu diesem Betrage anwächst.

Dem entspricht es, daß die Eigentümergrundschuld, die unserer Ansicht nach dem Eigentümer von vorneherein zusteht, keine endgültige ist. Die Höchstbetragshypothek soll, wie jede andere Hypothek, in erster Linie dem Interesse des Gläubigers dienen; dessen Rechte dürfen daher keinesfalls beeinträchtigt werden. In dem Maße, in dem die Forderung des Gläubigers und damit sein Hypothekenrecht zunimmt, muß die Eigentümergrundschuld sich verringern. Sie ist also gewissermaßen auflösend bedingt und zwar durch das Anwachsen der Forderung des Gläubigers, während dessen Hypothekenrecht durch die gleiche Tatsache aufschiebend bedingt ist. Freilich sind das keine echten, durch Rechtsgeschäft festgesetzten Bedingungen, vielmehr conditiones juris. Es ist aber wohl erlaubt, von den Vorschriften, die die echten Bedingungen zum Gegenstande haben, den in unserem Falle besonders wichtigen § 161 BGB. analog zur Anwendung zu bringen.[34]) Danach ist eine Verfügung, die der Eigentümer über seine unter einer auflösenden Bedingung stehende Eigentümergrundschuld trifft, unwirksam, soweit dadurch das in Zukunft entstehende Hypothekenrecht des Gläubigers beeinträchtigt wird. Das gleiche gilt von den Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung, etwa durch eine Pfändung der Eigentümergrundschuld, getroffen werden.

Endemann giebt eine etwas abweichende Begründung. Er nennt das aus der Eintragung einer Höchstbetragshypothek sich ergebende Recht des Gläubigers auf künftigen Erwerb des Hypothekenrechts zum vollen eingetragenen Betrage: „Wartrecht" und bezeichnet dessen hier in Betracht kommende Wirkung mit folgenden Worten: „auch die Eigentümergrundschuld . . . wird durch das Gläubigerwartrecht verstrickt. Wird sie abgetreten oder gepfändet, so müssen der Erwerber oder Pfandgläubiger mit dem aus dem Grundbuche kundbaren Schwebezustand rechnen: sie müssen wissen, daß das ältere Wartrecht des Gläubigers, sobald es zur Hypothek wird, sich gegen ihre Rechte behauptet und durchsetzt".[35])

In diesem Zusammenhange müssen wir noch kurz eines Schriftstellers gedenken, der ebenfalls die Ansicht vertritt, daß bei der Höchstbetragshypothek der von Forderungen des Gläubigers nicht ausgefüllte Teil des Höchstbetrages von vorneherein dem Grundstückseigentümer als Eigentümergrundschuld zustehe. Dieser Schriftsteller giebt eine ganz eigentümliche Begründung. Er stellt in einem höchst interessanten Aufsatze[36]) die Behauptung auf, in den Bestimmungen der §§ 1163 ff. BGB. sei ein Rechtsgrundsatz allgemeiner Art enthalten, der „Rechtsgrundsatz der gesetzlichen Eigentümergrundschuld". „Diese bildet," so führt er aus,

34) Vgl. Planck und Hirsch a. a. O.
35) Vgl. Endemann S. 744 Anm 32.
36) Vgl. Herold im ZBlFG Bd. 4 S. 695 ff.; Aßbaß in JherJ. Bd. 50 S. 396 f.

„gleichsam die Grundlage aller fremden Rechte am Grundstücke, die sich in eine Grundschuld verwandeln können, und tritt an ihre Stelle, falls sie nicht entstehen oder wegfallen." Von dieser Auffassung ausgehend, unterscheidet Herold zwei wesentlich voneinander verschiedene Arten der Eigentümergrundschuld, diejenige, welche innerhalb einer Hypothek entsteht, die nach dem Wortlaute der Eintragung zum vollen Betrage dem Gläubiger gebührt, und diejenige, bei der es sich bereits aus der Eintragung ergiebt, daß sie von vorne herein neben der Gläubigerhypothek besteht. Die zuletzt charakterisierte Eigentümergrundschuld findet er bei den Hypotheken für eine bedingte oder befristete Forderung, sowie bei den Sicherungshypotheken, insbesondere aber bei den Höchstbetragshypotheken. Auf sie will er die Vorschriften der §§ 1163 ff. BGB., die seiner Meinung nach nur für Eigentümergrundschulden der zuerst bezeichneten Art gelten, nicht angewandt wissen, bei ihnen will er alles aus dem oben näher angegebenen Rechtsgrundsatze erklären.

Ein derartiges allgemeines Prinzip ist aber im Hypothekenrechte des BGB. überhaupt nicht enthalten, wie wir oben bereits darzulegen versucht haben.[37]) Leonhard bezeichnet die Vorschriften unseres BGB. über die Eigentümergrundschuld mit Recht als „eine Sammlung von Singularitäten".[38]) Es kann daher von einem allgemeinen „Rechtsgrundsatze der gesetzlichen Eigentümergrundschuld" nicht die Rede sein. An dieser Tatsache scheitert Herolds Theorie.

Nach der von uns vertretenen Ansicht ist bei der Höchstbetragshypothek die sich aus § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. ergebende Eigentümergrundschuld nur solange möglich, als die Forderung des Gläubigers den Höchstbetrag noch nicht erreicht hat. Ist dies einmal geschehen, so kann derjenige, der z. Zt. der Hypothekenbestellung Eigentümer war, eine Eigentümergrundschuld nicht mehr erlangen — wenigstens nicht mehr auf Grund der angeführten Vorschrift —, mag sich auch später die Forderung des Gläubigers derart verringern, daß ein Teil des Höchstbetrages wieder für den Eigentümer frei wird; jetzt gewinnt die Bestimmung des § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. Bedeutung, die, wie wir sehen werden, die Eigentümergrundschuld einem anderen Eigentümer zuweist.

Zu einem ganz anderen Ergebnisse gelangt man, wenn man der von uns bekämpften Ansicht folgt. Danach kommt der § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. auch dann zur Anwendung, wenn die Forderung des Gläubigers vor ihrer endgültigen Feststellung den Höchstbetrag schon einmal überschritten hat; auch in diesem Falle steht nach jener Ansicht der durch den Gläubiger endgültig nicht in Anspruch genommene Teil der Höchstbetragshypothek dem Eigentümer zur Zeit ihrer Bestellung zu.

Planck hebt daher mit Recht hervor: „jene Auffassung würde zur Folge haben, daß zugunsten des Hypothekenbestellers und zum Nachteile der späteren Eigentümer des belasteten Grundstückes die Anwendung des ersten Satzes des § 1163 Abs. 1 BGB. erweitert, und die des zweiten Satzes eingeschränkt würde."[39])

Uebrigens ist Planck der Meinung, daß auch von unserem Standpunkte aus ein ähnliches Ergebnis erzielt werden könne. Er führt aus:

---

37) Vgl. Horn S. 75.
38) Vgl. Ecк-Leonhard S. 291 Anm. 5.
39) Vgl. Planck a. a. O.

„eine Erweiterung der Rechte des Hypothekenbestellers kann im Falle der Bestellung der Hypothek für künftig entstehende Forderungen einer bestimmten Art durch eine Vereinbarung unter den Parteien herbeigeführt werden, nach welcher der Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger erst in dem Zeitpunkte erfolgen soll, in welchem der Gläubiger dem Eigentümer gegenüber nach der Entstehung einer Forderung der fraglichen Art erklärt, daß er die Hypothek für diese Forderung geltend mache. Im Falle einer solchen Vereinbarung bleibt die Hypothek Eigentümergrundschuld des Hypothekenbestellers bis dahin, daß die gedachte Erklärung erfolgt, und sie bleibt es für immer, wenn die Erklärung überhaupt nicht erfolgt, etwa weil alle Forderungen der in Frage stehenden Art von dem Schuldner berichtigt werden."

Diesen Ausführungen kann nicht beigepflichtet werden. Die Parteien haben es allerdings bei der Hypothekenbestellung vollkommen in der Hand, zu bestimmen, für welche Art von Forderungen die Höchstbetragshypothek haften soll, dagegen steht es nicht in ihrem Belieben, die Haftung der Hypothek für die nach dem Bestellungsvertrage in Betracht kommenden Forderungen noch von einer besonderen Erklärung des Gläubigers abhängig zu machen. Dies ist deshalb nicht möglich, weil die Wirkungen der §§ 1163 ff. BGB. mit Notwendigkeit eintreten, und nicht durch Parteiwillkür abgeändert oder gehemmt werden können. Ebensowenig wie die Parteien den Eintritt der Eigentümergrundschuld durch eine bei der Hypothekenbestellung getroffene Vereinbarung überhaupt ausschließen können[40]), sind sie imstande, die Fälle des Eintrittes der Eigentümergrundschuld anders zu bestimmen als das Gesetz. Das Gesetz macht aber die Entstehung der Eigentümergrundschuld davon abhängig, daß die Forderung des Gläubigers nicht zur Entstehung gelangt, oder wieder erloschen ist, nicht davon, daß der Gläubiger die Hypothek für seine Forderung nicht in Anspruch genommen hat. Es wäre in der Tat auch ein wenig erfreuliches Ergebnis, wenn der die Höchstbetragshypothek bestellende Eigentümer es in der Hand hätte, durch eine Vereinbarung mit dem Gläubiger seine Rechte zum Nachteile späterer Eigentümer über das durch das Gesetz ihm zugebilligte Maß hinaus auszudehnen.

Aehnliche Schwierigkeiten wie Satz 1 bietet Satz 2 des § 1163 Abs. 1 BGB. in seiner Anwendung auf die Höchstbetragshypothek. Auch bezüglich dieses Punktes ist in der Rechtsprechung und in der Rechtslehre ein Einvernehmen bisher noch nicht erzielt worden.

Das Reichsgericht und eine Reihe von Schriftstellern[41]) nehmen an, vor der endgültigen Feststellung der Forderung könne von einem Erlöschen derselben, und demgemäß von der Entstehung einer Eigentümergrundschuld im Sinne des § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. keine Rede sein, und zwar deshalb nicht, weil immer noch neue Ansprüche des Gläubigers aus dem durch die Höchstbetragshypothek gesicherten Rechtsverhältnisse entstehen könnten, denen die durch die Bestellung der Hypothek gewährte Sicherheit jedenfalls nicht entzogen werden dürfe.

---

40) Vgl. Planck S. 640 Erl. 6 zu § 1163; Oberneck S. 677 oben.
41) Vgl. RG. 56 S. 322 ff., 20. Jan. 1904; Dernburg S. 672 No. 8; Landsberg S. 744; Turnau-Foerster S. 1026 f. Erl. 10 zu § 1190; Boehm S. 295 Erl. V zu § 1190; Hecking S 31; Cohn S. 35; Böckel S. 21 No. 3.

Diese Ansicht legt den zweiten Satz des § 1163 Abs. 1 BGB. mit gleicher Willkür aus, wie die herrschende Meinung den ersten Satz. Im Gesetze steht nur: „Erlischt die Forderung", dagegen nicht: „Erlischt die Forderung endgültig", wie man nach der Ansicht der oben angegebenen Schriftsteller annehmen sollte. Bei einer Hypothek von festem Betrage ist das Erlöschen der Forderung allerdings stets ein endgültiges, anders jedoch bei der Höchstbetragshypothek. Hier ist die Forderung beweglich, und kann immer wieder um den erloschenen Betrag und auch darüber hinaus anwachsen. Bei dieser Sachlage erscheint es nicht erlaubt, der Bestimmung des § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. in ihrer Anwendung auf die Höchstbetragshypothek die gleiche, hier einengend wirkende Bedeutung zu geben wie in ihrer Beziehung auf Hypotheken von festem Betrage; es müßte denn sein, daß der Wortlaut des Gesetzes eine andere Auslegung nicht zuließe, was aber nicht der Fall ist. Folgt man der hier bekämpften Ansicht, so wird das Anwendungsgebiet des Satzes 2 über Gebühr eingeschränkt, zumal wenn man bedenkt, daß, wie oben bereits ausgeführt worden ist, von einer endgültigen Feststellung der Forderung erst dann die Rede sein kann, wenn auch der Zinsenlauf sein Ende erreicht hat.

Die Mehrzahl der Schriftsteller[42]) vertritt denn auch im Anschlusse an eine Stelle in den Protokollen[43]) eine andere Ansicht. Sie nehmen an, daß der jeweilige Eigentümer im Falle eines teilweisen oder völligen Erlöschens der Forderung schon vor der endgültigen Feststellung derselben einen entsprechenden Teil der Hypothek als Eigentümergrundschuld erwerbe. Dieser Erwerb kann aber, so führen sie mit Recht aus, kein endgültiger und unbedingter sein. Das hat darin seinen Grund, daß die Höchstbetragshypothek wesentlich anders geartet ist, als die übrigen Hypotheken. Während diese der Sicherung einer einzigen Forderung von bestimmtem Betrage dienen, die, einmal getilgt, für immer erloschen ist, besteht die Forderung, die einer Höchstbetragshypothek zu Grunde liegt, aus der Summe aller Ansprüche des Gläubigers, die aus einem bestimmten Rechtsverhältnisse hervorgehen. Es ist daher leicht möglich, daß diese Forderung den Höchstbetrag übersteigt. Da aber das belastete Grundstück für jeden Teil der Forderung in gleicher Weise haftet, so kann die Tilgung eines Teiles derselben den endgültigen Uebergang eines entsprechenden Teiles der Hypothek auf den Eigentümer nicht zur Folge haben. Der Zweck dieses Teiles der Hypothek ist noch nicht erfüllt; er soll, ebenso wie die übrige Hypothek, nicht nur dem erloschenen, vielmehr auch jedem anderen, gegenwärtig bestehenden, oder in Zukunft entstehenden Teile der Forderung des Gläubigers Sicherheit bieten. Da nun diese Forderung vor ihrer endgültigen Feststellung stets wieder bis zum Höchstbetrage anwachsen kann, so muß auch die Hypothek bis dahin in vollem Umfange für den Gläubiger vorbehalten bleiben.

Es wird daher von den oben angeführten Schriftstellern mit Recht angenommen, daß der Eigentümer im Falle des Erlöschens eines Teiles der Forderung eine Eigentümergrundschuld von entsprechendem Betrage

---

42) Vgl. Planck S. 717 Erl. 4b zu § 1190; Kober S. 525 f. Erl. 5a zu § 1190; Biermann S. 418 Erl. 3 zu § 1190; Maenner S. 426; Bruck S. 180 ff.; Oberneck S 959; Predari S. 305; O. Jena 31. Juli 1901 im KGJ. 23 D S. 28 ff.; O. Jena 4 Januar 1905 im ZBlFG. Bd. 5 S. 731 No. 727.

43) Vgl. Prot. S. 690 f.

nicht unbedingt erwerben kann. Nur irren diese Schriftsteller darin, daß sie glauben, der Eigentümer erwerbe die Eigentümergrundschuld unter der aufschiebenden Bedingung, daß die endgültig festgestellte Forderung des Gläubigers einen entsprechenden Teil des Höchstbetrages frei lasse.

Allerdings läßt sich dagegen nichts einwenden, daß die Vertreter dieser Ansicht den Erwerb der Eigentümergrundschuld, trotzdem sie ihn als eine Wirkung der Forderungsfeststellung ansehen, auf den Eigentümer zur Zeit des Erlöschens der Forderung zurückbeziehen. Dies läßt sich deshalb wohl vertreten, weil es sich hier um eine conditio juris handelt, bei der, im Gegensatze zur echten Bedingung, dingliche Rückziehung der Wirkung die Regel bildet.[44])

Es spricht aber gegen die Richtigkeit der vorgetragenen Ansicht, daß sie dann zu einem unbefriedigenden Ergebnisse führt, wenn das belastete Grundstück durch die Hände mehrerer Eigentümer gegangen ist, und jeder derselben, als zugleich persönlich haftender Schuldner, einen Teil der Forderung getilgt hat; in solchem Falle läßt die endgültig festgestellte Forderung des Gläubigers möglicherweise nur soviel vom Höchstbetrage der Hypothek frei, daß allerdings jedem einzelnen dieser Eigentümer ein der Höhe seiner Tilgung entsprechender Teil der Hypothek als Eigentümergrundschuld zufallen könnte, dagegen nicht allen zu gleicher Zeit. Welchem Eigentümer soll unter diesen Umständen der die Forderung des Gläubigers übersteigende Teil der Hypothek zustehen, oder sollen die aufeinanderfolgenden Eigentümer etwa alle gleichberechtigt sein, sodaß sie die Eigentümergrundschuld unter sich aufteilen müßten?

Diese ganze Schwierigkeit schwindet, wenn man annimmt, daß beim Erlöschen eines Teiles der Forderung der Erwerb eines entsprechenden Teiles der Hypothek durch den Eigentümer nicht aufschiebend, vielmehr auflösend bedingt ist, und zwar dadurch bedingt, daß die Forderung des Gläubigers nicht weiter zunimmt. Von diesem Standpunkte aus kann es zu dem oben näher bezeichneten Konflikte zwischen mehreren Eigentümern, von denen jeder einen Teil der Forderung des Gläubigers getilgt hat, gar nicht kommen, da die durch eine derartige Tilgung gewonnene Eigentümergrundschuld sich in dem Maße wieder verringert, in dem die Forderung des Gläubigers zunimmt. Daß unsre Ansicht im übrigen die gleichen Vorteile bietet, wie die soeben vorgetragene, liegt auf der Hand und bedarf daher keiner näheren Erörterung.

Ein Beispiel mag den Unterschied der beiden Ansichten veranschaulichen: Der Kaufmann A. bestellt dem Bankier X. zur Sicherung von dessen Forderungen aus einem Krediteröffnungsvertrage eine Sicherungshypothek zum Höchstbetrage von 10 000 Mk. Er nimmt den eingeräumten Kredit in voller Höhe in Anspruch, bezahlt dann aber 3000 Mk. an X. zurück. Darauf verkauft er sein Geschäft samt dem belasteten Grundstücke an den Kaufmann B., der gleichzeitig, mit Zustimmung des X., in den Krediteröffnungsvertrag eintritt. Auch B. nutzt den Kredit zunächst bis zum Höchstbetrage aus, um später, ebenso wie A., 3000 Mk. an X. zurückzuzahlen. Darauf findet der Krediteröffnungsvertrag sein Ende. Bei der Abrechnung beträgt die endgültig festgestellte Forderung des X. 7000 Mk., die Höchstbetragshypothek ist also in Höhe von 3000 Mk. Eigentümergrundschuld geworden. Es fragt sich aber, welchem der beiden beteiligten

44) Vgl. Eisele im ZivA. Bd. 50 S. 257 und Bd. 54 S. 109 ff., insbesondere S 125 ff.

Eigentümer diese Eigentümergrundschuld zusteht. Stimmt man der Ansicht derer bei, die annehmen, die Eigentümergrundschuld werde in unserem Falle aufschiebend bedingt erworben, so wird man schwerlich eine Antwort auf diese Frage geben können, da die von den Vertretern jener Ansicht zum endgültigen Erwerbe der Eigentümergrundschuld geforderte Bedingung in gleicher Weise für A. wie auch für B. eingetreten ist. Billigt man dagegen unsere Ansicht, so ist es klar, daß die Eigentümergrundschuld, die A. erworben hatte, infolge des späteren Anwachsens der Forderung des X. wieder weggefallen ist, und daß nur B. in Frage kommen kann.

Von den übrigen Fällen, in denen eine Eigentümergrundschuld entstehen kann, ist hier nur noch der des § 1168 BGB. zu betrachten. § 1163 Abs. 2 BGB. kommt bei der Höchstbetragshypothek nicht in Frage, da diese Hypothek, wie wir oben bereits gesehen haben, niemals Briefhypothek sein kann; die §§ 1169—1171 BGB. endlich bieten keine besonderen Schwierigkeiten, sodaß eine Erörterung derselben in diesem Zusammenhange nicht nötig ist.

Von der Anwendung des § 1168 BGB. auf die Höchstbetragshypothek gilt nach der von den Protokollen und von der Mehrzahl der Schriftsteller [45]) vertretenen Ansicht das gleiche wie von der Anwendung des § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Man wird vielmehr unterscheiden müssen, ob der Gläubiger auf die Hypothek oder einen Teil derselben in dem Sinne verzichtet, daß er sie ganz oder teilweise auch für seine in Zukunft etwa noch entstehenden Forderungen nicht weiter in Anspruch nehmen will, oder ob er sie nur für einen bestimmten Teil seiner gegenwärtig bestehenden Forderung aufzugeben beabsichtigt, ohne sich ihrer im übrigen begeben zu wollen. Im ersteren Falle entsteht ohne weiteres und endgültig eine Eigentümergrundschuld, im zweiten dagegen entsteht, in gleicher Weise wie beim Erlöschen der Forderung, nur eine auflösend bedingte Eigentümergrundschuld.[46])

Dieser Ansicht könnte man entgegenhalten, die Absicht des Gläubigers, der auf die Hypothek oder einen Teil derselben verzichte, lasse sich nicht immer mit Bestimmtheit ermitteln, man dürfe daher die Wirkung des Verzichtes nicht von dieser Absicht abhängig machen. Tatsächlich wird man aber den Willen des Gläubigers aus seiner Erklärung, die nach § 1168 Abs. 2 BGB. eine notwendige Voraussetzung des Verzichtes bildet, stets mit hinlänglicher Deutlichkeit entnehmen können. Verzichtet er für einen bestimmt bezeichneten Teil der Forderung auf die Hypothek, so wird man eine endgültige Verzichtsabsicht nicht annehmen dürfen; dagegen ist dann auf eine solche zu schließen, wenn der Gläubiger schlechthin, ohne nähere Bezeichnung der Forderung, auf die Hypothek oder einen Teil derselben verzichtet. Nur in diesem Falle erwirbt der Eigentümer eine endgültige Eigentümergrundschuld. Endlich mag noch darauf hingewiesen werden, daß die zur Wirkung des Verzichtes notwendige Grundbucheintragung besonders vorsichtig gefaßt werden muß, damit die wahre Absicht des Gläubigers nicht mißverstanden werden kann.

---

45) Vgl. Prot. a. a. O.; Planck S. 718 Erl. 4 c zu § 1190; Oberneck S. 960; Biermann, Kober, Meisner, Hecking, Cohn a. a. O.
46) Vgl. LG. Colmar 20. Febr. 1905 bei Schröder Bd. 5 S. 62.

Es versteht sich von selbst und bedarf kaum besonderer Erwähnung, daß die Bestimmung des § 1178 Abs. 1 BGB., wonach „die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen . . . . erlischt" — und nicht Eigentümergrundschuld wird — „wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt", auf die Höchstbetragshypothek keine Anwendung findet.[47]) Die bezeichnete Vorschrift ist deshalb hier nicht anwendbar, weil die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet werden und daher nicht anders behandelt werden können als die Hauptforderung. Dagegen gilt in Ansehung der Kosten keine Besonderheit; insoweit findet § 1178 Abs. 1 BGB. auf die Höchstbetragshypothek nicht weniger als auf jede andere Hypothek Anwendung.

In diesem Zusammenhange sind auch noch einige andere Fälle des gesetzlichen Ueberganges der Hypothek vom Gläubiger auf eine andere Person zu betrachten. Doch können wir uns dabei kurz fassen, da kein Anlaß vorliegt, von der in den Protokollen bereits ausgesprochenen und, soweit wir sehen, von der Mehrzahl der Schriftsteller geteilten Ansicht abzuweichen.[48])

Zunächst kommt hier der Fall des § 1164 BGB. in Betracht, der vorschreibt: „Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, so geht die Hypothek insoweit auf ihn über, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann." Hier muß genau das gleiche gelten, wie im Falle des § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB., da der persönliche Schuldner nicht deswegen besser gestellt sein kann, weil er nicht selbst Eigentümer des belasteten Grundstückes ist, vielmehr nur zum Rückgriffe gegen diesen berechtigt ist. Das Hypothekenrecht, das er im Falle teilweiser Befriedigung des Gläubigers erlangt, steht demgemäß, nach der von uns vertretenen, oben näher begründeten Ansicht, unter der auflösenden Bedingung, daß sich die Forderung des Gläubigers nicht weiter erhöht.

Ganz anders sind die Fälle der §§ 1143 und 1150 BGB. zu beurteilen, bei denen es sich darum handelt, daß der nicht persönlich haftende Eigentümer oder ein Ablösungsberechtigter den Gläubiger ganz oder teilweise befriedigt. Hier geht, ganz ebenso wie bei den Hypotheken von festem Betrage, die Forderung des Gläubigers, soweit sie getilgt worden ist, mit einem entsprechenden Teile der Hypothek auf den Befriedigenden über. Die Folge davon ist, daß der Gläubiger diesen Teil der Hypothek endgültig verliert.

Aehnlich verliert der Gläubiger auch dann, wenn er wegen eines Teiles der Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Grundstücke befriedigt wird, einen entsprechenden Teil der Hypothek endgültig. Freilich geht hier die Hypothek insoweit nicht auf einen andern über, sie erlischt vielmehr, wie § 1181 Absatz 1 BGB. ausdrücklich vorschreibt, dessen uneingeschränkte Anwendung auf die Höchstbetragshypothek von niemandem bestritten wird.

Wir dürfen diesen Abschnitt nicht schließen, ohne der eigenartigen Theorie zu gedenken, die Fuchs, einer der gedankenreichsten Schriftsteller

47) Vgl. Hecking S. 39.
48) Vgl. Prot. S. 691; Planck S. 718 Erl. 4 d und e zu § 1190; Oberneck S. 960; Bruck S. 180 ff.; Cohn S. 37 und andere.

unseres Sachen- und Grundbuchrechtes, entwickelt hat.[49]) Fuchs geht, im Gegensatze zu der großen Mehrzahl der Schriftsteller, von dem Gedanken aus, die Höchstbetragshypothek sei kein einheitliches Gebilde, man müsse vielmehr unterscheiden, ob sie lediglich das Schlußguthaben des Gläubigers, oder aber eine Reihe von nicht zusammenhängenden Einzelansprüchen desselben zu sichern bestimmt sei. Im ersteren Falle trete die aus den §§ 1163 Absatz 1 Satz 2, 1143, 1150 und 1164 BGB. sich ergebende Wirkung nur dann ein, wenn das Schlußguthaben des Gläubigers ganz oder teilweise getilgt werde, eine vor der Feststellung des Schlußguthabens erfolgte Zahlung habe in diesem Falle keine hypothekerwerbende Kraft, gleichviel, von wem diese Zahlung geleistet worden sei. Dagegen habe im zweiten Falle jede Zahlung, auch die vom persönlich haftenden Eigentümer geleistete, den Erfolg, daß der Gläubiger einen entsprechenden Teil der Hypothek zu Gunsten des Zahlenden verliere. Die zuletzt vorgetragene, von der herrschenden Meinung durchaus abweichenden Behauptung begründet Fuchs folgendermaßen: „warum nur der bloß dinglich haftende Eigentümer und der Ablösungsberechtigte, nicht aber der Schuldnereigentümer oder der Schuldner unbedingt die Hypothek durch Befriedigung erwerben soll, ist nicht abzusehen. Daß die Hypothek bis zum Höchstbetrage für jeden Teil der Forderung haftet, ist richtig; daß aber die Haftung, wenn die Forderung zu einem Teile erlischt, für den Rest der Forderung in gleicher Weise fortbesteht, wie wenn der erloschene Teil der Forderung niemals bestanden hätte, ist ein Rechtsgrundsatz, der nur gilt, wenn die Beteiligten es so gewollt haben, wenn also als die durch Hypothek gesicherte Forderung das Schlußguthaben gilt. Ist das aber nach Maßgabe des Begründungsvertrages nicht ohne weiteres zu unterstellen, dann fehlt es auch an jeder Begründung für den aufgestellten Rechtssatz,

> daß durch teilweises Erlöschen der Forderung die Hypothek dem Gläubiger nur dann entzogen werde, wenn der Rest der Forderung den Höchstbetrag nicht erreicht."

Der Hauptmangel, an dem die von Fuchs aufgestellte Theorie leidet,[50]) ist der, daß sie von der willkürlichen, durch nichts gerechtfertigten Voraussetzung ausgeht, es gebe zwei, in ihrem Wesen durchaus verschiedene Arten der Höchstbetragshypothek. In Wirklichkeit giebt es aber nur eine, einheitlich zu beurteilende Höchstbetragshypothek, und es ist ganz gleichgültig, von welcher Art die Forderung ist, die durch sie gesichert wird. Auch dann, wenn diese Forderung sich aus mehreren, für sich bestehenden Einzelansprüchen zusammensetzt, bleibt die Feststellung vorbehalten. Und dieser Vorbehalt, nichts anderes, ist der Grund, weshalb wir, ebenso wie die Mehrzahl der Schriftsteller, den Bestimmungen der §§ 1163 Absatz 1 Satz 2 und 1164 BGB. in ihrer Anwendung auf die Höchstbetragshypothek eine besondere, von der Regel abweichende Bedeutung beimessen.

Man sucht bei Fuchs vergeblich nach einem Beispiele, das den von ihm behaupteten Unterschied einleuchtend machen könnte. Horn giebt ein solches Beispiel[51]): „als einen solchen Fall denke ich mir z. B. das Verhältnis zwischen Verpächter und Pächter, wenn die Ansprüche des

49) Vgl. Fuchs S. 621 f. Erl. 12 und 13 zu § 1190; Horn S. 87 ff.
50) Vgl. Bruck S. 180 ff.
51) Vgl. Horn S. 87 Anm. 26.

ersteren gegen den letzteren jedes Jahr definitiv festgestellt werden, eine Schlußabrechnung demnach in jedem Jahre erfolgt, eine Kautionshypothek jedoch für alle Ansprüche, welche sich aus dem Pachtvertrage gegen den Pächter während einer 5jährigen Pachtdauer ergeben sollten, zu einem bestimmten Maximalbetrage eingetragen ist."

Dies Beispiel spricht deutlich gegen die Richtigkeit der von Fuchs und Horn getroffenen Unterscheidung. Handelt es sich nur darum, daß 5 Pachtraten, von denen jede, wie schon im voraus feststeht — sagen wir — 5000 Mark, beträgt, durch Hypothek gesichert werden sollen, so wird der Pächter eine Sicherungshypothek für zukünftige Forderungen, aber keine Höchstbetragshypothek bestellen. Ist aber die Höhe der einzelnen Pachtraten nicht mit Bestimmtheit vorauszusehen, weil sie sich beispielsweise durch Schadenersatzansprüche des Verpächters erhöhen, durch solche des Pächters vermindern können, so muß allerdings die Feststellung der Forderung vorbehalten bleiben, und der Pächter wird lediglich eine Höchstbetragshypothek, in unserem Falle etwa eine solche von 25 000 Mark bestellen. Stellt es sich nun bei der ersten Abrechnung heraus, daß der Pächter für das erste Jahr nichts weiter als 5000 Mark schuldet, so würde es den Absichten der Parteien doch durchaus zuwider sein, wenn der Pächter durch Zahlung dieses Betrages einen entsprechenden Teil der Hypothek als Eigentümergrundschuld erwerben könnte, da möglicherweise auch dieser Teil der Hypothek zur Sicherung künftiger Forderungen des Gläubigers herangezogen werden muß, wenn es sich etwa bei einer späteren Jahresabrechnung herausstellt, daß die Forderung des Verpächters infolge von Schadenersatzansprüchen, die ihm im Laufe des Jahres gegen den Pächter erwachsen sind, sich auf 10 000 Mark beläuft. Gerade deshalb, weil die Parteien mit dieser Möglichkeit rechnen, wird in solchem Falle eine Höchstbetragshypothek bestellt, bei der die Feststellung der Forderung vorbehalten bleibt.

Für alle Höchstbetragshypotheken, mögen sie nun lediglich zur Sicherung des Schlußguthabens des Gläubigers, oder aber zur Sicherung von Einzelansprüchen desselben bestellt sein, ist es charakteristisch, daß die durch die gesicherten Forderungen bis zur Schlußfeststellung stets beweglich bleiben, weil sie sich bis dahin immer wieder erhöhen, oder vermindern können. Deshalb müssen auch die Bestimmungen der §§ 1163 Absatz 1 Satz 2 und 1164 BGB. hier anders wirken, als bei den Hypotheken von festem Betrage, von denen *alle* Höchstbetragshypotheken sich durch das soeben hervorgehobene Charakteristikum deutlich unterscheiden.

Mit Unrecht tadeln Fuchs, und mehr noch Horn, die herrschende Meinung deswegen, weil sie die §§ 1143, 1150 und 1181 BGB. auch in ihrer Anwendung auf die Höchstbetragshypothek den allgemeinen Grundsätzen entsprechend auslegt, während sie den §§ 1163 Abs. 1 Satz 2 und 1164 BGB. in ihrer Beziehung auf die Höchstbetragshypothek eine von diesen Grundsätzen abweichende Bedeutung beimißt.

Diese Unterscheidung ist durchaus berechtigt: was zunächst den § 1181 BGB. anbelangt, so ist es natürlich, daß auch die Höchstbetragshypothek insoweit erlischt, als der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Grundstücke befriedigt worden ist, da er, wie bereits die Protokolle mit Recht hervorheben, bis zum Höchstbetrage nur einmal Befriedigung aus dem Grundstücke erlangen kann.[52]) Mit dieser einen Befriedigung hat die Hypothek ihren Zweck erfüllt.

Wenn die herrschende Meinung die §§ 1143 und 1150 BGB. in ihrer Anwendung auf die Höchstbetragshypothek anders auslegt, als die §§ 1163 Absatz 1 Satz 2 und 1164 BGB., so hat das darin seinen Grund, daß in diesen Paragraphen vom Uebergange der Hypothek, in jenen dagegen vom Uebergange der Forderung die Rede ist. Der Uebergang der Forderung zieht aber, wie sich aus dem § 1153 BGB. ergiebt den Uebergang eines entsprechenden Teiles der Hypothek mit Notwendigkeit nach sich. Daß es in unserem Falle nicht erlaubt ist, die Bestimmungen des § 1190 Absatz 4 BGB. analog anzuwenden, was vielleicht zu einem anderen Ergebnisse führen könnte, ist oben bereits dargelegt worden. Uebrigens ist es auch durchaus gerecht, daß der bloß dinglich haftende Eigentümer und der Ablösungsberechtigte, die einen Teil der Forderung tilgen, vom Gesetze anders behandelt werden, als der Schuldner-Eigentümer und der Schuldner, die den Gläubiger wegen eines Teiles seiner Forderung befriedigen.[53]) Diese zahlen nur, was sie zu zahlen schuldig sind, jene dagegen tilgen eine Schuld, die sie selbst nicht eingegangen sind. Sie tun dies ferner nur notgedrungen, um ihre Rechte an dem belasteten Grundstücke nicht zu verlieren; es würde ihnen aber in den meisten Fällen geradezu unmöglich sein, diesen Erfolg zu vermeiden, wenn nicht ein ihrer Zahlung entsprechender Teil der Hypothek auf sie überginge. Endlich wird auch der Gläubiger der Höchstbetragshypothek durch die hier vertretene Ansicht nicht benachteiligt, da der bloß dinglich haftende Eigentümer und der Ablösungsberechtigte ja nicht nach Willkür mit dem im Gesetze ausgesprochenen Erfolge an den Gläubiger zahlen können, da ihre Zahlungen den Uebergang eines entsprechenden Teiles der Hypothek vielmehr nur dann zur Folge haben, wenn die in den §§ 1142 und 1143, sowie 1150 und 228 BGB. genau angegebenen Voraussetzungen erfüllt sind.

Planck[54]) macht der von Fuchs vertretenen Theorie, die er im allgemeinen nicht billigt, doch ein wichtiges Zugeständnis. Während er im übrigen der Ansicht ist, daß jede Zahlung des persönlich haftenden Eigentümers die Wirkung habe, daß dieser einen entsprechenden Teil der Höchstbetragshypothek, wenn auch nur bedingt, als Eigentümergrundschuld erwerbe, nimmt er an, daß dann, wenn die Höchstbetragshypothek zur Sicherung „der Ansprüche aus einem Contocorrentverhältnisse, oder aus einem ähnlichen Geschäftsverkehre" bestellt sei, nur diejenigen Zahlungen, die auf einen anerkannten Saldo geleistet würden, die soeben näher bezeichnete Wirkung hätten.

Dem kann nicht beigestimmt werden. Staub[55]) hebt mit Recht hervor: „die einzelnen Rechnungsposten bei einem Contocorrentverhältnisse sind teils Zahlungen, teils wirkliche und reine Forderungen, denen nicht die Qualität einer Obligation fehlt, sondern nur eine wichtige Beschränkung insofern anhaftet, als sie nach dem Willen der Parteien nicht einzeln und nicht vor dem Ablauf des Contocorrentverhältnisses geltend gemacht werden sollen." Die Wirkung, die ein zwischen den Parteien abgeschlossener Contocorrentvertrag auf ihre einzelnen Forderungen und

52) Vgl. Prot a. a. O.
53) A. A. Hecking S. 35.
54) Vgl. Planck S. 717 unten f: Merkens in der ZDRV. 1905 S. 553 f.
55) Vgl. Staub S. 1254 Anm. 5 zu § 355.

Zahlungen ausübt, besteht also nicht darin, was Staub ausdrücklich ablehnt, daß es sie zu bloßen „Rechnungsposten" macht, vielmehr nur darin, daß es ihre Geltendmachung vor der Feststellung des Saldos ausschließt. Bei der uns interessierenden Frage nach der Wirkung der Zahlungen des persönlich haftenden Eigentümers auf den Bestand der Höchstbetragshypothek kommt es aber gar nicht darauf an, ob die Zahlungen im übrigen sogleich geltend gemacht werden können, oder ob ihre Geltendmachung bis zur Saldofeststellung gehemmt ist. Die hypothekerwerbende Wirkung einer Zahlung hängt von der Möglichkeit ihrer sofortigen Geltendmachung nicht ab. Man könnte sonst auch den Forderungen des Gläubigers vor der Saldoziehung keine hypothekerwerbende Wirkung zusprechen, da ja auch diese Forderungen vor jenem Zeitpunkte nicht geltend gemacht werden dürfen. Dies würde zu dem unerwünschten Ergebnisse führen, daß die Höchstbetragshypothek bis zur Feststellung des Saldos gemäß § 1163 Absatz 1 Satz 1 BGB. dem Eigentümer zur Zeit ihrer Bestellung zustände, freilich, wie wir oben gesehen haben, als auflösend bedingtes Recht. Es ist aber wohl natürlicher und gerechter, widerspricht dazu auch keineswegs dem Wesen des Contocorrentvertrages, wenn man annimmt, daß die Höchstbetragshypothek in Höhe des jeweiligen Forderungsüberschusses zugunsten des Gläubigers, der ohne Schwierigkeit in jedem Augenblicke ermittelt werden kann, Gläubigerhypothek, im übrigen aber Eigentümergrundschuld ist, und daß diese Eigentümergrundschuld, nachdem der Forderungsüberschuß zugunsten des Gläubigers den Höchstbetrag einmal überschritten hat, fortan nicht mehr dem Eigentümer zur Zeit der Hypothekenbestellung, vielmehr demjenigen späteren Eigentümer zusteht, dem sie nach der von uns empfohlenen Auslegung des § 1163 Absatz 1 Satz 2 BGB. gebührt. Dabei wird freilich vorausgesetzt, daß einer der Fälle der §§ 1164, 1143 und 1150 BGB. nicht vorliegt.

10. Verpfändung und Pfändungen.

A. Verpfändung und Pfändung der Höchstbetragshypothek.

Die Verpfändung der durch die Höchstbetragshypothek gesicherten Forderung richtet sich, wie die Bestimmung des § 1274 Absatz 1 Satz 1 BGB. ergiebt, nach den für ihre Uebertragung geltenden Vorschriften. (Dasselbe gilt übrigens gemäß § 1069 Absatz 1 BGB. von der Bestellung eines Nießbrauches an dieser Forderung.) Aus § 1190 Absatz 4 BGB. ist zu schließen, daß bei der Höchstbetragshypothek nicht nur eine Verpfändung der Forderung samt der Hypothek, vielmehr auch eine Verpfändung der bloßen Forderung möglich ist.[1]) Dieser Fall bietet aber keinerlei Besonderheiten, die nicht oben[2]) bereits erwähnt worden wären.

Natürlich kann die der Höchstbetragshypothek zugrunde liegende Forderung auch von einem Gläubiger des Hypothekengläubigers gepfändet werden. Hier ist, ähnlich wie bei der Verpfändung, die Pfändung

1) Vgl. Cohn S. 59.
2) Vgl. S. 22 ff dieser Abhandlung.

der Forderung samt der Hypothek, ebenso aber auch die Pfändung der Forderung für sich allein möglich. Letzteres freilich nur dann, „wenn der Gläubiger die Ueberweisung der Forderung ohne die Hypothek an Zahlungsstatt beantragt" (§ 837 Absatz 3 ZPO.), dagegen dann nicht, wenn er die „Ueberweisung der Forderung zur Einziehung" begehrt. Von der Besonderheit des angeführten Paragraphen abgesehen, der ein Gegenstück zu § 1190 Absatz 4 BGB. bildet, ist zur Pfändung der durch die Höchstbetragshypothek gesicherten Forderung, wie zur Pfändung jeder anderen einer Buchhypothek zugrunde liegenden Forderung, die auf Grund des Pfändungsbeschlusses erfolgende Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich (§ 830 Absatz 1 ZPO.)

B. Verpfändung und Pfändung der bei der Höchstbetragshypothek vorkommenden Eigentümergrundschuld.

Von größerer Bedeutung, als die soeben erörterte Frage ist die andere, in welchem Umfange und auf welche Art über die bei der Höchstbetragshypothek vorkommende Eigentümergrundschuld verfügt, sowie die hieran anknüpfende, praktisch wichtigste Frage, wie und wann diese Eigentümergrundschuld gepfändet werden kann. Da eine rechtsgeschäftliche Verfügung über eine Eigentümergrundschuld in den meisten Beziehungen nach denselben Grundsätzen beurteilt werden muß, wie die durchaus gleichartige zwangsweise Verfügung kraft Richterspruches, als welche eine Pfändung sich darstellt, so empfiehlt es sich, zur Vermeidung von Wiederholungen, beide nebeneinander zu behandeln.

Es handelt sich dabei in erster Linie um die Verfügungen und Pfändungen, die eine bereits bestehende Eigentümergrundschuld betreffen, weiterhin muß aber auch der Fall ins Auge gefaßt werden, daß die Verfügungen und Pfändungen eine erst in Zukunft entstehende Eigentümergrundschuld zum Gegenstande haben. Für uns hat dieser Fall allerdings nur eine sehr geringe praktische Bedeutung, da wir, im Gegensatze zu der herrschenden Meinung, dem Eigentümer bereits vor der endgültigen Feststellung der Forderung eine, wenn auch nur bedingte Eigentümergrundschuld zusprechen. Trotzdem werden wir auch diesen Fall eingehend erörtern, da manche interessante Streifragen an ihn anknüpfen, die wir nicht mit Stillschweigen übergehen möchten.

Daß der Eigentümer über die nach endgültiger Feststellung der Forderungen ihm zustehende unbedingte Eigentümergrundschuld verfügen kann, daß er insbesondere berechtigt ist, sie abzutreten, zu verpfänden, oder mit einem Nießbrauche zu belasten, wird allgemein angenommen. Soweit wir sehen, bestreitet außer einem Schriftsteller auch niemand, daß der Eigentümer bei diesen Verfügungen nach den gleichen Vorschriften verfahren muß, wie der Gläubiger bei einer Verfügung über die Hypothek.

Nur Freudenthal[1]) nimmt an, daß die Verfügungen über eine Eigentümergrundschuld sich nach anderen Grundsätzen richten müßten. Während bei der Gläubigerhypothek zur Wirksamkeit jeder einzelnen Verfügung eine entsprechende Grundbucheintragung erforderlich ist,[2]) sollen

1) Vgl. Freudenthal in der JW. 1904 S. 602 ff.
2) Freilich nur bei den Buchhypotheken, die uns aber, da die Höchstbetragshypothek unser Thema bildet, hier und im folgenden allein interessieren.

nach Freudenthals Ansicht die Verfügungen über eine Eigentümergrundschuld einer derartigen Form nicht bedürfen, soll insbesondere die Abtretung einer Eigentümergrundschuld nach den §§ 413 und 398 BGB., also durchaus formlos erfolgen.

Gegen diese Ansicht sprechen erhebliche Bedenken, vor allen Dingen die Vorschrift des § 873 BGB. Danach wird zur Wirksamkeit einer jeden Verfügung über ein an einem Grundstücke bestehendes Recht außer der Einigung die Eintragung in das Grundbuch gefordert. Hätte die Eigentümergrundschuld, die ohne Zweifel doch auch ein Grundstücksrecht ist, von dieser grundlegenden Regel ausgenommen werden sollen, so hätte das Gesetz dies irgendwie deutlich zum Ausdrucke bringen müssen; es ist aber nichts derartiges geschehen. Uebrigens würde es auch wenig Nutzen bringen, wenn der Eigentümer eine ihm zugefallene Eigentümergrundschuld wirklich formlos abtreten könnte, da doch der Cessionar, dessen Recht sich von dem jedes anderen Grundschuldgläubigers durch nichts unterscheidet, über dieses Recht nicht anders weiter verfügen kann, als durch Eintragung in das Grundbuch. Wir nehmen daher mit der herrschenden Meinung an, daß auch über eine Eigentümergrundschuld ohne Grundbucheintragung nicht wirksam verfügt werden kann.

Das gleiche gilt von ihrer Pfändung, auch zu deren Wirksamkeit ist eine entsprechende Grundbucheintragung durchaus erforderlich. Es geht denn auch die in der Rechtsprechung und in der Rechtslehre herrschende Ansicht dahin, daß die Pfändung einer Eigentümergrundschuld nach den Vorschriften der §§ 857 Absatz 6 und 830 ZPO. erfolgen muß.[3])

Viele Schriftsteller sind freilich der Meinung, daß nicht aus Absatz 6 des § 857 ZPO., vielmehr aus Absatz 1 und 2 dieses Paragraphen die für die Pfändung einer Eigentümergrundschuld maßgebenden Bestimmungen zu entnehmen seien.[4]) Die Gründe, die zur Unterstützung dieser Ansicht vorgebracht werden, sind wenig überzeugend. Es wird vor allen Dingen auf die praktischen Schwierigkeiten der herrschenden Ansicht hingewiesen. Folge man ihr, führt beispielsweise Oberneck aus, so

3) Vgl. RG. 55 S. 378 ff., 17. Okt. 1903; RG. 56 S. 9 ff. 11. Nov. 1903; RG. 61 S. 374 ff. 18. Okt. 1905; KGJ 22 A S. 171 ff. 29. April 1901; Beschl. des Kammergerichts vom 24 Juni 1901 im ZBlFG Bd. 2 S. 270; Beschl. des Kammergerichts vom 16. Jan. 1905 in der DJZ. 1905 S. 460 f.; O. Jena 31. Juli 1901 im KGJ. 23 D S. 28 f.; O. Dresden 1. Dez. 1902, 26. Febr. 1903, 9. März 1903 und O. Colmar 24. Jan 1903, sämtlich bei Schröder Bd. 3 S. 90; O. Colmar 12. Jan. 1903 in der ElsLothZ. Bd. 28 S. 351 ff.; BayrObstLG. 23. April 1905 im ZBlFG. Bd. 5 S. 246 No. 293; Planck S. 676 Erl. 5 zu § 1177; Biermann S 373 f. Erl 7 zu § 1163; Kober S. 472 Erl. IV zu § 1163; Endemann S. 737 Anm. 8 und S. 741 Anm. 22; Kretzschmar S. 541; Maenner S. 427; Bruck S. 235 ff.; Gierke S. 923; Turnau-Foerster S. 921; Fuchs S. 492; Erl. 17 zu § 1154; Güthe S. 418 f. Erl. 131 zu § 19; Seuffert S. 537; Schmidt S. 967 f.; Weißmann S. 154 Anm. 1; Kleinfeller S. 654 No. 4, insbesondere Anm. 12; Siméon S. 505 Anm. 2; Hoffmann im ZBlFG Bd. 2 S. 638; Herold im ZBlFG. Bd. 4 S. 695 ff. am Ende No. 6; Landsberg in der PosIMSchr 1904 S. 149 ff.; Buhe in der DJZ. 1905 S. 1115 f.; Hirsch im ArchBR. Bd. 25 S. 246; Cohn S. 60 ff.; Horn S. 161 ff.

4) Vgl. Willenbücher S. 212 Erl. 9 zu § 1163; Kuhlenbeck S. 257 Anm. 3 zu § 1163; Oberneck bei Gruchot Bd. 50 S. 551 ff.; Kindel S. 89 Anm. 1; Freudenthal in der JW. 1904 S. 602 ff.; Koppers in der DJZ. 1905 S. 731 f.; Fahle S. 25 f.; Gaupp-Stein S. 639 f. Erl. 6 zu § 857; Struckmann-Koch S. 236 Erl. 6 zu § 830 und S. 270 Erl. 2 zu § 857; Petersen S. 559 f. Erl 5 zu § 857; Reincke S. 717 Erl. II Abs. 2 zu § 857; O. Celle 4 Nov. 1901 Rspr. 4 S. 74 f.

sei eine Pfändung der Eigentümergrundschuld gegen den Willen des Eigentümers und des eingetragenen Gläubigers in vielen Fällen nahezu unmöglich.

Dies ist, wie wir später sehen werden, allerdings richtig. Demgegenüber muß aber darauf hingewiesen werden, daß, wenn man eine Pfändung der Eigentümergrundschuld ohne Bucheintragung zulassen wollte, der Erfolg einer derartigen Pfändung sehr fragwürdig wäre. Oberneck, der die hier bekämpfte Ansicht besonders eingehend begründet hat, macht selbst darauf aufmerksam, daß der Pfändungsgläubiger gut daran tue, die Eintragung seines Pfandrechtes in das Grundbuch möglichst bald herbeizuführen, um sich gegen den rechtsgeschäftlichen Erwerb des für ihn gepfändeten Rechtes durch einen Dritten zu schützen. Die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch ist also auch nach Obernecks Meinung zum mindesten sehr zu empfehlen, es sprechen aber gewichtige Gründe dafür, daß sie zur Wirksamkeit der Pfändung einer Eigentümergrundschuld nicht nur erwünscht, vielmehr ganz unentbehrlich ist.

Zunächst wäre es doch merkwürdig, wenn das, was zur Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Verfügung über die Eigentümergrundschuld ziemlich allgemein gefordert wird, bei der Pfändung entbehrlich sein sollte. Ferner weist Biermann mit Recht darauf hin, daß die Ansicht der Gegner dem Umstande nicht gerecht wird, daß es sich um ein Grundbuchrecht handelt. „Von ihrem Standpunkte," so führt er weiter aus, „bliebe es unverständlich, warum sich das Gesetz bei der Pfändung der Gläubigerhypothek nicht entsprechend mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner begnügt. Denn die Zustellung an den Eigentümer zum Zwecke der Pfändung einer Eigentümerhypothek kann keine andere Bedeutung haben, als die Zustellung des die Pfändung einer Gläubigerhypothek aussprechenden Beschlusses an den Drittschuldner." Endlich und vor allen Dingen spricht der Wortlaut des § 857 Absatz 6 ZPO. für unsere Ansicht. Dort ist ganz allgemein von der „Zwangsvollstreckung in eine Grundschuld" die Rede, und das auch die Eigentümergrundschuld eine wirkliche Grundschuld ist, wennschon eine besondere Art derselben, kann nach § 1177 Absatz 1 BGB. nicht wohl bezweifelt werden.

Oberneck will freilich daraus, daß die im 1. Entwurfe eines EG. z. BGB. Artikel 11 § 754 Absatz 6 enthaltene erste Fassung des § 857 Absatz 6 ZPO., im Gegensatze zum heutigen Wortlaute des Paragraphen die Eigentümergrundschuld ausdrücklich erwähnte, einen seiner Ansicht günstigen Schluß ziehen. Er meint, diese in den Materialien des Gesetzes nicht näher begründete Aenderung habe darin ihren Grund, daß die Kommission sich grundsätzlich der Konstruktion der Eigentümergrundschuld habe entziehen wollen; sie habe die erste Fassung offenbar deshalb geändert, um nicht der Auffassung Raum zu geben, daß sie die Eigentümergrundschuld für eine wirkliche Grundschuld halte.

Diese Begründung ist wenig einleuchtend. Man wird vielmehr mit Seuffert den Grund der Aenderung darin zu suchen haben, daß inzwischen der dem ersten Entwurfe des BGB. unbekannte § 1177 BGB. angenommen worden war, der die Verwandlung der Eigentümerhypothek in eine Grundschuld ganz allgemein ausspricht, weshalb deren besondere Erwähnung im § 857 Absatz 6 ZPO. nicht mehr notwendig war.

Einer der Schriftsteller, die wir als Vertreter der von uns bekämpften Ansicht aufgeführt haben, Koppers, ist der Ansicht, man müsse eine Unterscheidung treffen: Die Pfändung der Eigentümergrundschuld erlange dem Eigentümer gegenüber bereits mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses volle Wirksamkeit, die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch sei nur deshalb erforderlich, um der Pfändung auch dritten gegenüber dringliche Wirksamkeit zu verschaffen. Zur Begründung dieser Ansicht beruft er sich auf die Vorschrift des zweiten Absatzes des § 830 ZPO.

Dabei übersieht er aber, daß die dort ausgesprochene Wirkung keine absolute ist. Die Bestimmung des § 830 Absatz 2 ZPO. enthält offenbar nur eine Ergänzung, dagegen keine Abänderung der im ersten Absatze des Paragraphen ganz allgemein ausgesprochenen Regel. Nur dann, wenn die Pfändung durch die im ersten Absatze des § 830 ZPO. ausdrücklich geforderte Eintragung in das Grundbuch perfekt geworden ist, kann ihre Wirkung dem Eigentümer gegenüber — der bei der Eigentümergrundschuld die Stellung des Drittschuldners einnimmt — auf den Zeitpunkt einer vorher bereits erfolgten Zustellung zurück bezogen werden. Kommt es dagegen nicht zur Eintragung der Pfändung in das Grundbuch, so bleibt die Zustellung des Pfändungsbeschlusses, die im übrigen zur Wirksamkeit der Pfändung nicht erforderlich ist, bedeutungslos.

Es spricht gegen die von Koppers angenommene absolute Bedeutung der Bestimmung des § 830 Absatz 2 ZPO., daß ihr nicht ein besonderer Paragraph gewidmet worden ist, daß sie vielmehr mit der Bestimmung des ersten Absatzes in einem Paragraphen vereinigt ist. Die beiden Bestimmungen würden sich aber durchaus nicht miteinander vertragen, wenn man dem zweiten Absatze die von Koppers gewollte Auslegung gäbe. Es muß demnach mit dem Kammergerichte [5]) angenommen werden, daß auch dem Eigentümer gegenüber die Pfändung einer Eigentümergrundschuld vor ihrer Eintragung in das Grundbuch keine Wirksamkeit erlangt.

Nachdem wir so zu dem Ergebnisse gelangt sind, daß zu jeder Verfügung über eine Eigentümergrundschuld, wie auch zu jeder Pfändung derselben eine entsprechende Grundbucheintragung erforderlich ist, liegt es uns ob, die Voraussetzungen dieser Eintragung zu prüfen. Es fragt sich insbesondere, ob eine derartige Eintragung nur dann erfolgen kann, wenn der betreffende Eigentümer, was § 40 Absatz 1 GBO. zu fordern scheint, als Inhaber der Eigentümergrundschuld im Grundbuche eingetragen ist, oder ob die angeführte Vorschrift nicht mehr verlangt, als daß der Eigentümer als solcher im Grundbuche eingetragen sei.

Die zuletzt erwähnte Ansicht wird insbesondere vom Kammergerichte [6])

5) Vgl. Beschl. des Kammergerichts vom 24. Juni 1901 im ZBlFG Bd. 2 S. 270; Buhe in der DJZ. 1905 S. 1115 f.

6) Vgl. KGJ. 20 A S. 190 ff. 11. Juli 1900; KGJ. 20 A S. 282 ff, 17. Sept. 1900; KGJ. 21 A S. 159 f., 5. Nov. 1900; KGJ. 22 A S. 171 f. 29. April 1901; KGJ 23 A S. 156 f. 30. Sept. 1901; KGJ 25 A S. 166 f. 22. Sept. 1902; Beschl. des Kammergerichts vom 17. und 31. Mai 1906, Rspr., 14 S 124; O. Jena 31. Juli 1901 im KGJ. 23 D S. 28; O. Dresden 3. Jan. 1903, Rspr. 6 S. 272; O. Rostock 21. April 1904 im ZBlFG. Bd. 5 S. 225 No. 203; Turnau-Foerster S. 917 Erl. II 5 zu § 1163; Oberneck S. 654 ff. und bei Gruchot Bd. 50 S. 581 ff.; Fuchs S. 404 Erl. 7 zu § 1117; Willenbücher S. 343 Erl. 2 zu § 40; Güthe S. 769 f. Erl. 14 zu § 40; Endemann S. 741 Anm. 22; Bruck S. 219; Hirsch a. a. O. S. 246.

in ständiger Rechtsprechung vertreten. Dieses Gericht geht davon aus, daß nach dem bisherigen Preußischen Rechte eine Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer nicht notwendig war; es würde daher, so führt das Gericht weiter aus, eine völlige Neuerung bedeuten, wenn man jetzt die Umschreibung verlangen wollte, eine so weitgehende Absicht des Gesetzes sei aber nicht anzunehmen. Da der Uebergang der Hypothek auf den Eigentümer sich kraft Gesetzes vollziehe, so gehe sein Recht auf die Eigentümergrundschuld aus der Eintragung seines Eigentumsrechtes zur Genüge hervor. Der Eigentümer gelte als der eventuell eingetragene Berechtigte für alle ihm zufallenden Eigentümergrundschulden.

Die stärkste Unterstützung findet die Ansicht des Kammergerichtes natürlich bei denjenigen, die wie Oberneck, Güthe und Bruck die Eigentümergrundschuld nicht als die Sukzession des Eigentümers in eine bestehende Hypothek auffassen, vielmehr als ein Stück-Eigentumsrecht, oder, wie Bruck es ausdrückt, „als die kraft Gesetzes erfolgende Zurückgewinnung eines formalisierten Grundstücksteiles." Von diesem Standpunkte aus, dessen Widerlegung wir bei der Weitläufigkeit der Materie nicht versuchen dürfen,[7] ist es nur folgerichtig, wenn Oberneck[8] von dem Inhaber der Eigentümergrundschuld sagt: „gerade der Umstand, daß er als Eigentümer dieses Recht hat, ist das Charakteristische und deswegen ist es der Eigentümer, der eingetragen sein soll, wenn das ihm nach § 1163 BGB. kraft Gesetzes zustehende Recht von einem Eintrage betroffen wird."

Auf der anderen Seite hat die Ansicht des Kammergerichtes auch starken Widerspruch gefunden.[9] Achilles und Strecker machen dem Kammergerichte gegenüber mit Recht darauf aufmerksam, daß die Vorschrift des § 40 Absatz 1 GBO. nicht nur für die Eigentümergrundschuld, sondern auch für die Gläubigerhypothek eine Neuerung gegenüber dem Preußischen Rechte bedeutet, da dieses Recht nur vom Eigentümer, dagegen nicht auch vom Hypothekengläubiger vor jeder grundbuchmäßigen Verfügung die vorgängige Eintragung verlangte. Das frühere Preußische Recht kann daher zur Entscheidung der Frage, die uns hier beschäftigt, nicht herangezogen werden.

Weit eher können wir aus den Materialien des Gesetzes eine Aufklärung über die Tragweite der Bestimmung des § 40 Absatz 1 GBO. erwarten. Nach den Ausführungen auf Seite 163 der „Denkschrift zum Entwurf der Grundbuchordnung" dient die Vorschrift zwei verschiedenen Zwecken, zunächst soll sie die Legitimaionsprüfung des Grundbuchrichters erleichtern, außerdem soll sie den eingetragenen Berechtigten dagegen schützen, daß, ungeachtet der für sein Recht sprechenden Vermutung des § 891 BGB. ein Unbefugter über dieses Recht verfüge. Offenbar kann aber die Vorschrift diesen beiden Zwecken bei einer Eigentümergrundschuld in nicht geringerem Maße dienen, als bei einer Gläubigerhypothek. Wir können daher der Ansicht des Kammergerichtes, das die Vorschrift des § 40 Absatz 1 GBO. bei der Eigentümergrundschuld nach Möglichkeit außer Anwendung setzen möchte, nicht ohne weiteres beistimmen.

7) Es sei hier nur auf die vortreffliche Schrift von Horn verwiesen.
8) Vgl. Oberneck bei Gruchot a. a. O.
9) Vgl Achilles-Strecker S. 270; Dronke im ZBlFG. Bd. 1 S. 963; Hoffmann im ZBlFG Bd. 2 S. 639 ff.; Planck S. 673 f. Erl. 4a zu § 1177; Kober S. 470 Erl. II 3 b zu § 1163; Kretzschmar S. 541; Cohn S. 60 ff ; Predari S. 574 f. und S. 302; RG. 61 S. 374 ff., 18. Okt. 1905; Seuffert S. 537 ff.

Soviel ist freilich richtig, daß eine völlig uneingeschränkte Anwendung der Bestimmung auf die Eigentümergrundschuld zu unpraktischen Ergebnissen führen würde. Es wäre Wortjurisprudenz, wollte man bei einer rechtsgeschäftlichen Verfügung über eine zur Eigentümergrundschuld gewordene Gläubigerhypothek, oder bei einer Pfändung derselben, stets zunächst die Umbuchung der Hypothek auf den Eigentümer verlangen und dann erst die Eintragung der Verfügung, oder der Pfändung zulassen. Dem Sinne des § 40 Absatz 1 GBO. wird man auch dann gerecht, wenn man, zur Vermeidung überflüssiger Eintragungen, gestattet, daß die Umbuchung der Post mit der grundbuchmäßigen Verfügung über sie, oder mit ihrer Pfändung in einer Eintragung zusammengefaßt wird.

Da zur Wirksamkeit einer jeden Verfügung über eine Eigentümergrundschuld die Eintragung dieser Verfügung in das Grundbuch gefordert wird, da ferner eine solche Eintragung nicht geschehen kann, ohne daß die betreffende Post, zum mindesten gleichzeitig, auf den Eigentümer umgebucht wird, so muß dieser der Regel nach den urkundlichen Nachweis führen, daß ihm wirklich eine Eigentümergrundschuld zusteht.[10]) Ist diese freilich dadurch entstanden, daß der Gläubiger auf die Hypothek ganz oder teilweise verzichtet hat, so bedarf es eines weiteren Nachweises nicht, da der Verzicht aus dem Grundbuche selbst zu ersehen ist. Dagegen bedarf es dieses Nachweises auch dann, wenn es sich um eine Eigentümergrundschuld handelt, die demjenigen, der zur Zeit der Bestellung einer Höchstbetragshypothek Eigentümer des belasteten Grundstückes ist, gemäß § 1163 Absatz 1 Satz 1 BGB. von vorne herein zusteht.

Allerdings ist bei der Höchstbetragshypothek als einer Unterart der Sicherungshypothek, gemäß § 1185 BGB. die Geltung des § 1138 BGB. ausgeschlossen, es spricht daher keine gesetzliche Vermutung für den Bestand der Forderung des Gläubigers. Daraus darf aber keineswegs gefolgert werden, daß die entgegengesetzte Vermutung für den Eigentümer spräche, derart, daß bis zum Beweise des Gegenteils angenommen werden müßte, die Höchstbetragshypothek stehe dem Eigentümer zu. Will dieser über die Höchstbetragshypothek, oder einen Teil derselben verfügen, indem er sie als Eigentümergrundschuld für sich in Anspruch nimmt, so muß er zunächst die Voraussetzungen seines Rechtes dartun, gleichgiltig, ob er dasselbe aus dem § 1163 Absatz 1 Satz 1 BGB., oder aus einer anderen gesetzlichen Bestimmung herleitet. Ebenso muß auch der Pfändungsgläubiger, der eine aus einer Höchstbetragshypothek entstandene Eigentümergrundschuld pfänden will, vorher den urkundlichen Nachweis ihrer Entstehung führen.[11])

Dieser Nachweis wird allerdings in vielen Fällen kaum zu erbringen sein, da die urkundlichen Erklärungen, die hier gefordert werden, der Regel nach nur von dem Gläubiger der Höchstbetragshypothek ausgestellt werden können, dessen Interessen denen des Pfändungsgläubigers meist

---

10) Vgl. KGJ. 22 A S. 171 ff., 29. April 1901; O. Jena 31. Juli 1901 im KGJ. 23 D S. 28; Planck S. 675 f. Erl. 5 zu § 1175; Biermann S. 373 f. Erl. 7 zu § 1163; Kober S. 472 Erl. IV zu § 1163; Turnau-Foerster S. 920 ff. Erl. II 12 zu § 1163; Predari S. 304 und S. 576; Endemann S. 741 Anm. 22; Kretzschmar S. 541; Hoffmann im ZBlFG. Bd. 2 S. 640; Bruck S. 235 ff.; Landsberg in der PostJMSchr. 1904 S. 155.
11) Vgl. Plank S. 716 Erl. 4 a zu § 1190; Endemann S. 744 f. Anm. 32 zu § 116; Hirsch im ArchBR. Bd. 25 S. 245 f.; Aßbaß in IhrerJ. Bd. 50 S. 398.

entgegen sind. Dies ist die oben bereits angedeutete praktische Schwierigkeit, um derentwillen Oberneck und die seine Ansicht teilenden Schriftsteller die Anwendung des 6. Absatzes des § 857 ZPO. auf die Pfändung einer Eigentümergrundschuld — unserer Ansicht nach freilich zu Unrecht — durchaus ablehnen.

Alles, was nach dem bisher Ausgeführten von den Verfügungen und Pfändungen gilt, die die Eigentümergrundschuld betreffen, welche nach endgültiger Feststellung der Forderung dem Eigentümer zusteht, muß auch dann gelten, wenn es sich um die Eigentümergrundschuld handelt, die nach unserer Ansicht bereits vor jener Feststellung dem Eigentümer gebührt. Diese Eigentümergrundschuld ist aber im Gegensatze zu jener kein unbedingtes Recht, sie ist vielmehr durch die Entstehung neuer Forderungen zu Gunsten des Gläubigers auflösend bedingt. Das hat zur Folge, daß auch die Rechte der Personen, zu deren Gunsten der Eigentümer über seine auflösend bedingte Eigentümergrundschuld verfügt hat, von der gleichen Bedingung abhängig sind. Der Bestand dieser Rechte ist daher völlig ungewiß, da sie in dem Maße an Umfang abnehmen müssen, in dem die Forderung des Gläubigers zunimmt.

Auch die Pfändung der vorläufigen Eigentümergrundschuld gewährt lediglich ein bedingtes Recht. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Eigentümer wird durch diese Pfändung nicht unterbrochen, es können infolgedessen nach wie vor neue durch die Hypothek zu sichernde Forderungen des Gläubigers zur Entstehung gelangen.[12]) Dies hat freilich zur Folge, daß das Ergebnis einer derartigen Pfändung immer sehr fragwürdig bleibt.

Wir wenden uns nunmehr zu der Prüfung der Frage, ob der Eigentümer auch über eine ihm erst in Zukunft zufallende Eigentümergrundschuld verfügen kann, und ob seine Gläubiger die zukünftige Eigentümergrundschuld schon im voraus pfänden können. Diese Frage ist allerdings für uns nahezu gegenstandslos, dagegen ist sie für alle diejenigen von der größten Bedeutung, die nicht wie wir, dem Eigentümer bereits vor der endgültigen Feststellung der Forderung einen Teil der Hypothek als Eigentümergrundschuld zusprechen.

Daß auch die zukünftige Eigentümergrundschuld bereits Gegenstand einer Pfändung sein kann, hat das Reichsgericht[13]) mehrfach ausgesprochen; daß aber, wenn dies richtig ist, auch rechtsgeschäftliche Verfügungen des gegenwärtigen Eigentümers über die zukünftige Eigentümergrundschuld erlaubt sein müssen, bedarf keiner näheren Erörterung. Zur Begründung seiner Ansicht beruft sich das Reichsgericht darauf, daß auch die Pfändung einer bedingten oder betagten Forderung möglich sei, die zukünftige Eigentümergrundschuld sei aber, so führt unser höchstes Gericht weiter aus, ein ganz ähnliches Rechtsgebilde, von ihr müsse daher das gleiche gelten.

Dies Argument ist wenig überzeugend, da bei einer bedingten Forderung trotz aller Ungewißheit im übrigen doch jedenfalls die Person des bedingt Berechtigten von vorne herein feststeht, während bei der zu-

12) Vgl. O. Jena 31. Juli 1901 a. a. O.; RG. 51 S. 115 ff., 19. März 1902; Willenbücher S. 256 Erl. 9 zu § 1190; Seuffert S. 537 ff.; Bruck S. 235 ff.

13) Vgl. RG. 51 S. 115 ff., 19. März 1902; RG. 56 S. 9 ff., 11. Nov. 1903; RG. 61 S. 374 ff., 18. Okt. 1905; KGJ. 30 A S. 243 ff., 16. Febr. 1905; O. Jena 31 Juli 1901 a. a. O.; BayrObstLG. 23. April 1905 im ZBlFG. Bd. 5 S. 246 No. 293; Turnau-Foerster S. 920 ff. Erl. II 12 zu § 1163; Willenbücher S. 256 Erl. 9 zu § 1190; Oberneck bei Gruchot Bd. 50 S. 581 ff.; Güthe S. 363 Erl. 45 zu § 19.

künftigen Eigentümergrundschuld nicht nur das unbestimmt ist, ob die Voraussetzungen ihrer Entstehung jemals vorhanden sein werden, vielmehr auch darüber keine Gewißheit besteht, welchem Eigentümer die Eigentümergrundschuld zufallen wird. Daher kann der gegenwärtige Eigentümer wohl kaum als der, wenn auch nur bedingt berechtigte Inhaber der zukünftigen Eigentümergrundschuld angesehen werden. Er hat freilich die Aussicht, daß ihm dann eine Eigentümergrundschuld zufällt, wenn während der Zeit, daß er Grundstückseigentümer ist, die Forderung des Gläubigers erlischt, oder wenn während dieser Zeit andere Voraussetzungen eintreten, die die Entstehung einer Eigentümergrundschuld zur Folge haben. Diese Hoffnung, die kaum mehr bedeutet, als die Aussicht dessen, dem der Eigentümer eine Hypothek zu bestellen versprochen hat, stellt aber noch kein Recht dar, das gepfändet, oder über das rechtsgeschäftlich verfügt werden könnte. [14])

Wäre es anders, so müßte in den Fällen der §§ 1143 und 1164 BGB. etwas ähnliches gelten. Nach diesen Paragraphen hat auch der bloß dinglich haftende Eigentümer, und ebenso der ersatzberechtigte persönliche Schuldner die Aussicht, beim Eintreten gewisser Voraussetzungen einen Teil der Hypothek zu erwerben. Soviel wir sehen, hat aber noch niemand die Ansicht ausgesprochen, daß diese Aussicht ein Recht sei, über das verfügt, oder das gepfändet werden könnte.

Wollte man aber auch den gegenwärtigen Eigentümer für berechtigt halten, über die zukünftige Eigentümergrundschuld zu verfügen, und dementsprechend auch seinen Gläubigern das Recht einräumen, die zukünftige Eigentümergrundschuld zu pfänden, so würde eine derartige Verfügung oder Pfändung doch daran scheitern, daß die zu ihrer Wirksamkeit notwendige Eintragung im Grundbuche nicht erfolgen kann.

Selbst das Reichsgericht und das Kammergericht, die doch im übrigen, wie wir oben gesehen haben, der Ansicht sind, auch eine zukünftige Eigentümergrundschuld könne gepfändet werden, nehmen an, daß eine die Eigentümergrundschuld betreffende Eintragung vor deren wirklicher Entstehung nicht zulässig ist. [15]) Jede derartige Eintragung hat zur notwendigen Voraussetzung, daß zunächst die Entstehung der Eigentümergrundschuld urkundlich nachgewiesen wird. Dieser Nachweis läßt sich aber in unserem Falle, in dem die Entstehung der Eigentümergrundschuld erst in Zukunft erwartet wird, überhaupt nicht führen.

Güthe freilich ist anderer Ansicht. [16]) Er meint, es stehe nichts im Wege „Rechte dritter, d. h. Nießbrauch und Pfandrecht, an der künftigen Eigentümerhypothek im voraus zu bestellen und einzutragen." In gleicher Weise hält er auch die Pfändung einer künftigen Eigentümerhypothek für eintragungsfähig. [17]) Zur Begründung seiner Ansicht führt er aus, derartige Eintragungen ständen den Verfügungen des Hypothekengläubigers über sein Recht nicht im Wege, ferner machten sie auch das Grundbuch keineswegs unübersichtlich.

---

14) Vgl. Kretzschmar Einführung S. 121 f.; Hoffmann im ZBlFG. Bd. 2 S. 639; v. Henle im Recht 1906 S. 96; Cohn S. 60 ff.; Crome S. 800 Anm. 24.
15) Vgl. RG. 61 S. 374 ff.; KGJ. 30 A S. 243 ff.; O. Jena 31. Juli 1901 a. a. O.; Bayr. Obst LG. 16. Dez. 1905 im ZBlFG. Bd. 5 S. 780 No. 826; Turnau-Foerster S. 1027 Erl. 10 zu § 1190; Kober S. 472 Erl. IV zu § 1163; Predari S. 302 ff., Erl. 8 zu § 19; Maenner S. 427 Anm. 175; Endemann S. 741 Anm. 22.
16) Vgl. Güthe S. 363 Erl. 45 zu § 19; Güthe in der ZDNV. 1906 S. 740 ff.
17) Vgl. O. Jena 31. Juli 1901 und BayrObstLG. 23. April 1905 a. a. O.

Güthes Ausführungen lassen aber nicht erkennen, wie er die schwer wiegenden Bedenken, die, wie wir soeben gesehen haben, gegen die Eintragung der Verpfändung oder der Pfändung einer künftigen Eigentümergrundschuld sprechen, ausräumen will. Das dürfte ihm auch kaum gelingen; wir tun daher gut, daran festzuhalten, daß eine Verfügung des gegenwärtigen Eigentümers über die zukünftige Eigentümergrundschuld sich nicht verwirklichen läßt, und ebensowenig eine Pfändung derselben.

Bezüglich der Pfändung der zukünftigen Eigentümergrundschuld gelangt man dann freilich zu einem anderen Ergebnisse, wenn man, wie die in Note 4) angeführten Schriftsteller zur Verwirklichung der Pfändung einer Eigentümergrundschuld eine Grundbucheintragung nicht für erforderlich hält. Daß wir die Ansicht dieser Schriftsteller nicht teilen und weshalb wir sie nicht teilen können, ist oben bereits dargelegt worden.

Nun behauptet freilich einer der Schriftsteller, die, wie wir, der Ansicht sind, daß die Pfändung einer bestehenden Eigentümergrundschuld nach § 857 Absatz 6 ZPO. erfolgen müsse, auf die Pfändung einer zukünftigen Eigentümergrundschuld sei diese Bestimmung nicht anwendbar. Hier seien vielmehr die Vorschriften des § 857 Absatz 1 und 2 ZPO. maßgebend,[18]) und zwar deshalb, weil das Gesetz mit der Bestimmung des § 857 Absatz 6 ZPO. offenbar nur bestehende, nicht aber „erst künftige beim Eintreten der gesetzlichen Voraussetzungen rechtlich mögliche Grundschulden im Auge" habe.

Dieser Behauptung muß deshalb widersprochen werden, weil nur dann von der Pfändung einer zukünftigen Eigentümergrundschuld die Rede sein kann, wenn man annimmt, daß sie für den gegenwärtigen Eigentümer bereits ein Recht, wennschon ein bedingtes, und nicht nur eine rechtliche Möglichkeit darstelle. Eine solche kann überhaupt nicht Gegenstand einer Pfändung sein. Für die Pfändung des bedingten Rechtes muß aber offenbar dasselbe gelten, wie für die des unbedingten.[19])

Ist man, wie wir, der Ansicht, daß von einer rechtsgeschäftlichen Verfügung über die zukünftige Eigentümergrundschuld nicht die Rede sein kann, so ist damit die weitere Frage noch nicht beantwortet, ob der Eigentümer sich nicht im voraus obligatorisch verpflichten kann, über die zukünftige Eigentümergrundschuld in einer bestimmten Weise zu verfügen, und ob er diese Verpflichtung nicht dadurch dinglich sichern kann, daß er zugleich die Eintragung einer entsprechenden Vormerkung bewilligt.

Das Kammergericht bejaht diese Frage.[20]) Es stützt seine Entscheidung auf die Bestimmung des § 883 BGB., wonach „die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig" ist, ferner findet es eine Hauptstütze seiner Ansicht in der Bestimmung des § 1179 BGB., wonach die Verpflichtung des Eigentümers eine zukünftige Eigentümergrundschuld löschen zu lassen, durch Vormerkung gesichert werden kann.

Wenn es sich aber auch nicht bestreiten läßt, daß der Eingentümer die Verpflichtung eingehen kann, mit der ihm in Zukunft möglicherweise zufallenden Eigentümergrundschuld in einer bestimmten Weise zu verfahren,

---

18) Vgl. Predari S. 302 ff.: ähnlich RG. 61 S. 374 ff.
19) Vgl. Planck S. 674 Erl. 4 b am Ende zu § 1177.
20) Vgl. Beschl. des Kammergerichts vom 17. und 31 Mai 1907 Rspr. 14 S. 123; Oberneck S. 656 f.; Güthe S. 343 Erl. 45 zu § 19 am Ende; Bruck S. 243; Predari S. 575 f.; Cohn S. 60 ff.

so verdient doch die Behauptung des Kammergerichts, eine derartige Verpflichtung könne durch Eintragung einer Vormerkung dinglich gesichert werden, keine Billigung.[21]) Mit Unrecht verweist das Kammergericht zur Begründung seiner Ansicht auf § 883 BGB., denn es wird hier, wie sich insbesondere aus § 885 BGB. ergiebt, vorausgesetzt, daß derjenige, dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird, zur Zeit der Eintragung auch wirklich der Berechtigte ist.[22]) In unserem Falle würde aber das Recht desjenigen Eigentümers von der Vormerkung betroffen werden, dem die Eigentümergrundschuld dermaleinst zufiele; das wäre aber möglicherweise eine ganz andere Person als der gegenwärtige Eigentümer.

Allerdings hätte das Kammergericht Recht, wenn man die Vorschrift des § 1179 BGB. analog zur Anwendung bringen dürfte. Dieser Paragraph enthält aber nicht etwa die Anwendung der allgemeinen Regel des § 883 BGB. auf einen einzelnen Fall, vielmehr eine Ausnahmevorschrift. Das ergibt sich aus einer Bemerkung in den Protokollen.[23]) Danach hat die Vorschrift nur deshalb Aufnahme in das Gesetz gefunden, weil man annahm, das Bedürfnis, „die vom Eigentümer vertragsmäßig übernommene Verpflichtung zur Löschung der Hypothek dinglich sicher zu stellen," könne durch die Anwendung des § 883 BGB. allein „nur auf Grund einer mindestens sehr zweifelhaften theoretischen Auffassung der Eigentümerhypothek" befriedigt werden. Ist aber die Bestimmung des § 1179 BGB. eine Ausnahmevorschrift, so ist sie, nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatze, analoger Anwendung nicht fähig.

Noch weniger als die Verpflichtung des Eigentümers zu einer bestimmten Verfügung über die zukünftige Eigentümergrundschuld, kann die Pfändung derselben durch Eintragung einer Vormerkung zum voraus dinglich gesichert werden. Dem steht entgegen, daß die Vormerkung, wie ziemlich allgemein anerkannt wird, nur zur Sicherung privatrechtlicher Ansprüche, dagegen nicht auch zur Sicherung der Zwangsvollstreckung dient.[24]) § 883 BGB. bestimmt ausdrücklich, daß eine Vormerkung „zur Sicherung des Anspruches auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes" eingetragen werden kann. Der Anspruch, zu dessen dinglicher Verstärkung die Vormerkung dient, hat also eine Tätigkeit der verpflichteten Partei zum Gegenstande, während der Erfolg einer Pfändung, ohne alle Mitwirkung derselben, kraft Gesetzes eintritt.

Die Pfändung der zukünftigen Eigentümergrundschuld kann auch nicht etwa dadurch vorbereitet werden, daß der dem Eigentümer möglicherweise zustehende Berichtigungsanspruch gepfändet, und daß auf Grund einer vom Pfändungsgläubiger zu erwirkenden einstweiligen Verfügung ein Widerspruch in das Grundbuch eingetragen wird. Ein derartiges Verfahren ist bei der Höchstbetragshypothek deshalb nicht möglich, weil es bei ihr vor der endgültigen Feststellung der Forderung nichts zu berichtigen giebt, was zur Folge hat, daß auch ein Widerspruch nicht am Platze ist. Die genannten

21) Vgl. Planck S. 114 Erl. 1 c zu § 883 und S. 679 Erl. 1 Abs. 2 zu § 1179; Endemann S. 410 f. Anm. 34 zu § 65 und S. 750 Anm. 58 zu § 116.
22) Vgl. Horn S. 170.
23) Vgl. Prot. S. 607.
24) Vgl. O. Dresden 1. Dez. 1902 und 9. März 1903 bei Schröder B. 3 S. 90; RG. 56 S. 9 ff., 11. Nov. 1903: Planck S. 113 Erl 1 a zu § 883: Turnau-Foerster S. 920 ff. Erl. II 12 zu § 1163: Oberneck S. 849: Predari S. 302 ff : Maenner S. 427 Anm. 175. Anderer Ansicht nur Hoffmann im ZBlFG. Bd. 2 S. 643 ff.

beiden Rechtsbehelfe sind nur dann von Nutzen, wenn eine bereits bestehende, im Grundbuche aber noch nicht verlautbarte Eigentümergrundschuld gepfändet werden soll.[25])

Nach unserer Ansicht ist freilich bei der Höchstbetragshypothek der Regel nach schon von vorne herein eine Eigentümergrundschuld vorhanden. Trotz des Bestehens dieser Eigentümergrundschuld kann aber keine Rede davon sein, daß die Eintragung der Höchstbetragshypothek unrichtig wäre. Richtig gelesen, besagt diese Eintragung nur, daß das Hypothekenrecht des Gläubigers den eingetragenen Höchstbetrag *erreichen kann*, dagegen nicht, daß es diesen Betrag bereits *erreicht habe*. Die Eintragung schließt es also keineswegs aus, daß ein Teil der Hypothek Eigentümergrundschuld ist, wofern diese nur so beschaffen ist, daß sie sich jederzeit in eine Gläubigerhypothek verwandeln kann. Dies ist aber bei der Höchstbetragshypothek in der Tat der Fall, da die bei dieser Hypothek vorkommende Eigentümergrundschuld bis zur Feststellung der Forderung auflösend bedingt bleibt, und zwar auflösend bedingt durch die Entstehung neuer Forderungen zugunsten des Gläubigers, also durch dieselbe Tatsache, durch welche die Entstehung des Gläubigerrechtes aufschiebend bedingt wird. Eine Berichtigung des Grundbuches und die Eintragung eines Widerspruches wären aber nur dann möglich, wenn der Inhalt der Eintragung sich mit einer derartigen Rechtsgestaltung nicht vertrüge.

11. Die Höchstbetragshypothek im Zwangsversteigerungsverfahren.

Auch im Zwangsversteigerungsverfahren gelten für die Höchstbetragshypothek einige Besonderheiten. Es sind in diesem Verfahren zwei verschiedene Möglichkeiten scharf zu unterscheiden, einmal die, daß die Höchstbetragshypothek in das geringste Gebot aufgenommen wird (§ 52 Absatz 1 ZwVG.), oder daß sie auf andere Weise bestehen bleibt (§§ 59 Absatz 3 und 91 Absatz 2 ZwVG.), zum anderen die, daß sie durch den Zuschlag erlischt. (§ 91 Absatz 1 ZwVG.)

Eines gilt freilich für beide Fälle in gleicher Weise: das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner der durch die Höchstbetragshypothek gesicherten Forderung wird durch das Zwangsversteigerungsverfahren nicht unterbrochen.

Daß eine derartige Unterbrechung dann nicht eintritt, wenn die Hypothek bestehen bleibt, liegt auf der Hand. Nur Böhm[1]) ist in diesem Punkte anderer Ansicht; er behauptet ganz allgemein, die Beschlagnahme des Grundstückes (§ 23 ZwVG.) habe die Wirkung, daß der Schuldner „dem betreibenden Gläubiger gegenüber von dem gedachten Zeitpunkte ab die bestehende Haftung des Grundstückes nicht wirksam erweitern" könne.

---

25) Vgl. O. Dresden 1. Dez. 1902 und 3. März 1903 a. a. O.: Kober S. 472 Erl. IV zu § 1163; Turnau-Foerster a. a. O.: Predari S. 304; Petersen S. 559 f. Erl. 5 f. zu § 857; Hoffmann a. a. O. Landsberg in der PosJMSchr. 1904 S. 155; Bruck S. 238; Horn S. 163 f.

1) Vgl. Boehm S. 296 Erl. VIII zu § 1190.

Dabei übersieht er, daß die Haftung des Grundstückes bei der Höchstbetragshypothek unseres BGB. durch die Entstehung neuer Forderungen überhaupt nicht mehr erweitert werden kann — anders war es freilich im früheren Preußischen Rechte —, weil das Grundstück ganz unabhängig von dem jeweiligen Umfange der gesicherten Forderung, von vorne herein mit dem vollen Höchstbetrage belastet ist. Es wird daher auch allgemein angenommen,[2]) daß das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner durch die Beschlagnahme des Grundstückes im Zwangsversteigerungsverfahren nicht unterbrochen wird.

Dagegen besteht für den Fall, daß die Höchstbetragshypothek durch den Zuschlag erlischt, keine Uebereinstimmung. Das Reichsgericht und mit ihm eine Reihe von Schriftstellern[3]) nehmen an, das Forderungsverhältnis werde in diesem Falle, allerdings nicht durch den Zuschlag, aber doch durch den Verteilungstermin unterbrochen. Und zwar deshalb, weil spätestens in diesem Termine die vorbehaltene Feststellung der Forderung erfolgen müsse: denn dann müsse festgesetzt werden, welche Forderungen aus dem Grundstücke zu befriedigen seien.

Dies ist aber tatsächlich nicht der Fall. Das Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung giebt, wie wir sehen werden, Mittel an die Hand, die eine Fortsetzung des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner über den Verteilungstermin hinaus bis zu dem Augenblicke ermöglichen, in dem es, nach der der Höchstbetragshypothek zugrunde liegenden Einigung, sein natürliches Ende erreicht.[4])

Was die erste der beiden oben erwähnten Möglichkeiten betrifft, daß nämlich die Höchstbetragshypothek bestehen bleibt, so herrschte früher die Meinung,[5]) diese Hypothek sei ein dingliches Recht von unbestimmtem Betrage, und gelte daher nach § 14 ZwVG. als aufschiebend bedingt durch die Feststellung des Betrages. Infolgedessen müsse der Ersteher, so nahm man an, für den Fall, daß die endgültig festgestellte Forderung des Gläubigers den Höchstbetrag nicht erreiche, gemäß § 50 Absatz 2 Nr. 1 ZwVG. einen entsprechenden Betrag nachzahlen. Diesen nachgezahlten Betrag sprach man sodann nicht etwa dem Subhastaten, vielmehr den nachstehenden Hypothekengläubigern zu, die mit ihren Ansprüchen ausgefallen waren. Man erklärt die möglicherweise eintretende Nachzahlungspflicht des Erstehers, an der man wie an einem Dogma festhielt, auch damit, daß man annahm, ihm, und nicht etwa dem Subhastaten, oder einem von

---

2) Vgl. O. Celle 4. Nov. 1901, Rspr. 4 S. 74 f.: O Dresden 5. Dez. 1902 im ZBlFG. Bd. 3 S. 468 f.; Dernburg S. 672 Erl. 6 zu § 243; Fuchs S. 620 Erl. 10 zu § 1190; Fischer-Schäfer S. 217 Erl. 1 zu § 23.

3) Vgl. RG. 51 S. 115 ff., 19. März 1902: RG. 55 S. 217 ff., 15. Juni 1903; Jaeckel im ZBlFG. Bd. 4 S. 203 ff.; Turnau-Foerster S. 1021 f. Erl. 8 zu § 1190 und S. 1026 Erl. 10 zu § 1190; Oberneck S. 958 f. § 158 No. 7; Willenbücher S. 255 Erl. 7 zu § 1190.

4) Vgl. Kretzschmar im ZBlFG. Bd. 4 S. 196 f. und S. 627 Anmerkung; Kretzschmar S. 604 f.; Jaeckel S. 409 ff. Erl. 5 zu § 114; Hirsch im ArchBR. Bd. 25 S. 243; Endemann S. 745 Anm. 32 zu § 116; Cohn S. 61 f.

5) Vgl. die in dem Aufsatze von Lafrenz bei Gruchot Bd. 46 S. 336 ff. zitierten Schriftsteller; fernen O. Dresden 7. März 1902, Rspr. 4 S. 377 ff.: O. Dresden 5. Dez. 1902 im ZBlFG. Bd. 3 S. 468 f.; Reinhard im Recht 1902 S. 31 ff.: Reinhard im ZBlFG. Bd. 3 S. 43 f.; Kretzschmar Einführung S. 415 f.; Kretzschmar im ZBlFG. Bd. 4 S. 196 f.; Boehm S. 296 Erl. VIII zu § 1190; Cohn S. 61 f; Crome S. 800 § 484 No. 3 d.

dessen Rechtsvorgängern, falle derjenige Betrag der Höchstbetragshypothek als Eigentümergrundschuld zu, auf den der Gläubiger keinen Anspruch habe; die Verpflichtung des Erstehers zur Nachzahlung eines entsprechenden Betrages sei daher nur natürlich, da er sonst auf Kosten der ausgefallenen Realberechtigten ohne rechtlichen Grund bereichert werde.

Demgegenüber wird heute ziemlich allgemein angenommen,[6]) daß von einer derartigen Nachzahlungspflicht des Erstehers keine Rede sein kann. Mit gutem Grunde, denn § 50 Absatz 2 Nr. 1 ZwVG. verpflichtet den Ersteher nur für den Fall zu einer Nachzahlung, daß eine übernommene Hypothek bedingt ist. Davon kann aber hier keine Rede sein, da die Höchstbetragshypothek, wie jede andere Hypothek, das Grundstück unbedingt, und zwar mit ihrem vollen Betrage, belastet. Nur das ist bei ihr in der Schwebe, wem sie zusteht, dem Gläubiger, oder dem Eigentümer; daher findet der § 14 ZwVG. auf die Höchstbetragshypothek als dingliches Recht keine Anwendung.

Auch irren diejenigen Schriftsteller, die annehmen, die Höchstbetragshypothek stehe zu dem Betrage, den der Gläubiger bei der endgültigen Feststellung der Forderung nicht in Anspruch nehme, auf jeden Fall dem Ersteher als Eigentümergrundschuld zu. Tatsächlich kann diese Eigentümergrundschuld ebensogut dem Subhastaten, oder einem von dessen Rechtsvorgängern zustehen; es hängt dies durchaus von den tatsächlichen Verhältnissen ab, und ist nach den oben, in Kapitel 9 entwickelten Grundsätzen zu beurteilen. Danach erlangt der Ersteher eine Eigentümergrundschuld nur dann, wenn die Forderung des Gläubigers erlischt, während er Eigenümter ist, oder wenn sich während dieser Zeit der Tatbestand eines der §§ 1168—1171 BGB. verwirklicht. Das Zwangsversteigerungsgesetz verpflichtet ihn aber in keinem dieser Fälle zu irgend einer Nachzahlung.

Größere Schwierigkeiten entstehen dann, wenn die Höchstbetragshypothek nicht bestehen bleibt, vielmehr gemäß § 91 Absatz 1 ZwVG. durch den Zuschlag erlischt. Darüber besteht freilich kein Zweifel, daß der Anspruch aus der Hypothek zum vollen Höchstbetrage in den Teilungsplan aufzunehmen ist (§ 114 ZwVG.). Es fragt sich aber, wem der auf diesen Anspruch entfallende Teil des Versteigerungserlöses zusteht.

Findet in solchem Falle, was die Regel bilden wird, die endgültige Feststellung der Forderung im Verteilungstermine statt, so ist klar, daß dem Gläubiger ein der Höhe seiner Forderung entsprechender Teil des Erlöses zusteht, dagegen ist es streitig, wem der Rest des auf die Hypothek entfallenden Erlösanteiles gebührt.

Vom Oberlandesgericht Dresden[7]) ist die Ansicht vertreten worden, dieser Betrag sei nicht etwa dem Eigentümer des versteigerten Grundstückes, vielmehr dem nachstehenden Gläubiger zuzusprechen, denn seit dem Zuschlage sei eine Hypothek, die sich in eine Eigentümergrundschuld habe verwandeln können, nicht mehr vorhanden.

---

6) Vgl. Lafrenz a. a. O.: Jaeckel im ZBlFG. Bd. 4 S. 282 ff.: Reinhard im ZBlFG. Bd. 4 S. 462; Kretzschmar S. 604; Planck S. 716 Erl. 4 a Abs. 3 zu § 1190: Fuchs S. 623 Erl. 14 zu § 1190: Turnau-Foerster S. 1028 Erl. 13 zu § 1190; Oberneck S. 960 § 158 No. 7 am Ende.

7) Vgl. O. Dresden 7. März 1902 und 5. Dez. 1902 a. a. O.; Kretzschmar im ZBlFG. Bd. 4 S. 196 f.; Kretzschmar „Einführung" S. 416 f.; Crome S. 801 No. 5, insbesondere Anm. 28.

Nimmt man mit der herrschenden Meinung an, daß bei der Höchstbetragshypothek eine Eigentümergrundschuld erst durch endgültige Feststellung der Forderung zur Entstehung gelangen könne, so wird man dem Oberlandesgerichte Dresden beistimmen müssen. Ist man dagegen, gleich uns, der Ansicht, daß die Höchstbetragshypothek schon von Anfang an insoweit Eigentümergrundschuld ist, als Forderungen des Gläubigers noch nicht zur Entstehung gelangt sind, so kommt man zu einer ganz anderen Entscheidung: Durch den Zuschlag erlischt nur die Höchstbetragshypothek, dagegen bleibt der Anspruch des Eigentümers, soweit dieser als Inhaber der Eigentümergrundschuld Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt, in gleicher Weise bestehen, wie der Anspruch des Gläubigers. Beide Ansprüche erleiden nur insofern eine Veränderung, als sie sich in Ansprüchen auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse verwandeln, der kraft des Surrogationsprinzips an die Stelle des Grundstückes tritt.[8]) Das Schicksal der beiden Ansprüche kann offenbar nur das gleiche sein, man müßte daher auch dem Gläubiger den Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse versagen, wenn man dem Inhaber der Eigentümergrundschuld einen derartigen Anspruch nicht zubilligen wollte.

Es fragt sich weiter, wie dann verfahren werden muß, wenn die endgültige Feststellung der Forderung im Verteilungstermine noch nicht erfolgt. Zurückzuweisen ist hier jedenfalls die von Fuchs vertretene Ansicht.[9]) Dieser Schriftsteller zieht aus § 114 ZwVG. die Folgerung, daß dem eingetragenen Gläubiger der ganze auf die Höchstbetragshypothek entfallende Versteigerungserlös ausgezahlt werden müsse, wofern nur kein Widerspruch erhoben werde.

Diese Ansicht ist deshalb unhaltbar, weil der Gläubiger einer Höchstbetragshypothek auch im Zwangsversteigerungsverfahren für seine Forderung in vollem Umfange beweispflichtig ist. Die Tatsache allein, daß kein Widerspruch gegen ihn erhoben wird, kann als ein ausreichender Beweis für den Bestand seiner Forderung nicht angesehen werden. Nur bei einer Verkehrshypothek ist es erlaubt, in der von Fuchs empfohlenen Weise zu verfahren, da hier, gemäß § 1138 BGB., eine gesetzliche Vermutung dafür spricht, daß die Forderung, soweit sie als Unterlage für die Hypothek in Betracht kommt, zu Recht besteht.

Dagegen ist bei der Höchstbetragshypothek ein anderes Verfahren geboten, und zwar dasjenige, das sich aus den §§ 119 und 120 ZwVG. ergiebt, da diese beiden Paragraphen für den Fall die maßgebenden Bestimmungen enthalten, daß ein Teil des Versteigerungserlöses auf einen bedingten Anspruch zugeteilt werden muß. Allerdings ist die Höchstbetragshypothek selbst, wie wir oben sahen, als dingliches Recht keineswegs bedingt, dagegen gilt von dem Rechte des Gläubigers aus der Hypothek nicht dasselbe. Sein Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse ist in der Tat ein Anspruch von unbestimmtem Betrage, und gilt daher nach § 14 ZwVG. als aufschiebend bedingt durch die Feststellung des Betrages.

Daß aber die Vorschriften der §§ 119 und 120 ZwVG. nicht nur dann am Platze sind, wenn ein bedingtes Realrecht in Frage kommt, muß

8) Vgl. RG. 55 S. 217 ff., 15. Juni 1903; Jaeckel im ZBlFG. Bd. 4 S. 203 ff. und S. 282 ff.; Oberneck S. 960 § 158 No. 7 am Ende.
9) Vgl. Fuchs S. 623 Erl. 14 zu § 1190. Anderer Ansicht Lafrenz bei Gruchot Bd. 46 S. 343; Jaeckel S. 409 f. Erl. 5 zu § 114.

aus dem Wortlaute der beiden Paragraphen geschlossen werden, da sie ohne irgend eine Einschränkung, ganz allgemein von einem bedingten Anspruche reden. Uebrigens wird dies auch von den Kommentatoren des Zwangsversteigerungsgesetzes allgemein angenommen. Beispielsweise erklärt Jaeckel [10]) zur Erläuterung der beiden Paragraphen: „Unter Anspruch ist das Recht auf Befriedigung aus dem Erlöse zu verstehen; dieses ist bedingt, wenn (bei unbedingetm Realrechte) die Forderung, oder wenn (bei bedingter Forderung) das Realrecht bedingt ist." Es steht daher nichts im Wege, die §§ 119 und 120 ZwVG. auch in unserem Falle zur Anwendung zu bringen.

Danach muß der auf die Höchstbetragshypothek entfallende Teil des Versteigerungserlöses für den Gläubiger unter der Bedingung hinterlegt werden, daß ihm bei der endgültigen Feststellung einer Forderung in Höhe des hinterlegten Betrages zusteht, während dieser Betrag unter der entgegengesetzten Bedingung, nämlich für den Fall, daß dem Gläubiger in jenem Zeitpunkte eine Forderung in solcher Höhe nicht zusteht, dem Subhastaten zugesprochen werden muß.[11])

Lafrenz, der die hier in Betracht kommenden Verhältnisse wohl zum ersten Male eingehend untersucht hat, ist freilich der Ansicht, das von uns empfohlene Verfahren könne nur dann zur Anwendung kommen, wenn „seit der Eintragung der Hypothek bis zum Zuschlage stets der Schuldner Eigentümer gewesen" sei. Dagegen müsse der Subhastationsrichter, so führt Lafrenz weiter aus, dann, wenn „seit dem Bestehen der Höchstbetragshypothek der Eigentümer des Grundstückes gewechselt" habe, nach Maßgabe der §§ 126 und 135 ZwVG. verfahren, da in diesem Falle jeder der verschiedenen, auf einander folgenden Eigentümer des versteigerten Grundstückes als möglicher Inhaber einer etwa entstandenen Eigentümergrundschuld in Frage käme. Wenn dem Subhastationsrichter auch der Personenkreis der Eventualberechtigten aus dem Grundbuche bekannt sei, so wisse er doch nicht, welche von diesen Personen tatsächlich berechtigt sei. Demnach sei „die Person des Berechtigten unbekannt;" es müsse daher „zur Ermittelung des Berechtigten ein Vertreter bestellt werden; ferner müsse der auf die Höchstbetragshypothek entfallende Teil des Versteigerungserlöses für den unbekannten Berechtigten hinterlegt werden."[12])

Wir halten dieses Verfahren keinesfalls für anwendbar. § 126 ZwVG. gilt nur dann, wenn wirklich die Person eines Berechtigten unbekannt ist, dagegen nicht in dem Falle, wenn Ungewißheit über den Umfang des einer bekannten Person zustehenden Rechtes besteht, es handelt sich in diesem Paragraphen nur um eine tatsächliche, dagegen nicht um eine rechtliche Ungewißheit. Dies ergiebt sich mit voller Deutlichkeit aus den §§ 135 und 138 ZwVG. Nach § 135 ZwVG. hat das Vollstreckungsgericht dann, wenn „für einen zugeteilten Betrag die Person des Berechtigten unbekannt" ist, einen Vertreter zu bestellen, der die Aufgabe hat, Nachforschungen nach der Person des Berechtigten anzustellen. Haben diese Nachforschungen innerhalb eines Zeitraumes von 3 Monaten seit

10) Vgl. Jaeckel S. 434 Erl. 1 § 119 und 120; Fischer-Schäfer S. 420 f. Erl. 1 und 2 zu § 119 und 120; Wolff S. 263 Erl. 3 zu § 119.
11) Vgl. Kretzschmar im ZBlFG. Bd. 4 S. 627 Anmerkung; Jaekel S. 411 Erl. 5 zu § 114.
12) Vgl. Lafrenz bei Gruchot Bd. 46 S. 343 f; Jaeckel im ZBlFG. Bd. 4 S. 203 ff.; Schöller S. 45. f; Hirsch im ArchBR. Bd. 25 S. 243; Endemann S. 745 Erl 32 zu § 116.

dem Verteilungstermine keinen Erfolg, so tritt gemäß § 138 ZwVG. unter Umständen ein Aufgebotsverfahren ein, in dem der Berechtigte mit seinem Rechte ausgeschlossen werden kann.

Dieses ganze Verfahren paßt auf unseren Fall offenbar in keiner Weise. Das durch die Höchstbetragshypothek gesicherte Rechtsverhältnis kann nach der ihm zugrunde liegenden Vereinbarung möglicherweise noch viele Jahre über den Verteilungstermin hinaus fortdauern, während das durch die §§ 126, 135 und 138 ZwVG. geregelte Verhältnis schon nach kurzer Zeit sein Ende findet. Es ist ferner nicht zu verstehen, wie in unserem Falle von einer Ermittelung der Person des Berechtigten, von einem Aufgebotsverfahren und von einem Ausschlusse des Berechtigten mit seinem Rechte die Rede sein könnte, da doch von vorne herein aus dem Grundbuche zu ersehen ist, welche Personen möglicherweise als Berechtigte in Frage kommen. Wem freilich am Ende der auf die Höchstbetragshypothek zugeteilte Versteigerungserlös zufällt, läßt sich vor der Feststellung der Forderung nicht sagen, da die Rechte der beteiligten Personen, wie wir oben gesehen haben, durchgehends bedingt sind.

Dem Versteigerungsrichter kann in solchem Falle die Mühe nicht erspart werden, die Bedingungen zu formulieren, unter denen einer jeden, der in Frage kommenden Personen ein Teil des Erlöses zusteht. Bei dieser Formulierung wird er die oben bei der Darstellung der Entstehung einer Eigentümergrundschuld aus der Höchstbetragshypothek entwickelten Grundsätze beobachten müssen. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß die Aufgabe, die wir damit dem Versteigerungsrichter zuweisen, unter Umständen sehr schwierig ist. Da aber die Schwierigkeiten, die hier in Frage kommen, ausschließlich rechtlicher, nicht tatsächlicher Art sind, so ist es nur zu billigen, daß es dem rechtskundigen Richter obliegt, sie zu überwinden. Es ist ihm nicht erlaubt, diese Aufgabe einem nach § 126 ZwVG. zu bestellenden Vertreter zu überlassen, da dessen Amt lediglich in der „Ermittelung des Berechtigten," also nur in der Aufklärung einer tatsächlichen Ungewißheit bestehen kann.

12. Die Höchstbetragshypothek im Konkursverfahren.

Verfällt der Eigentümer eines mit einer Höchstbetragshypothek belasteten Grundstückes in Konkurs, so fragt es sich, ob die ihm möglicherweise zustehende Eigentümergrundschuld zur Konkursmasse gehört. Jaeger bejaht diese Frage.[1]) Wir müssen ihm von unserem Standpunkte aus beipflichten, da wir ja annehmen, daß stets derjenige Teil der Höchstbetragshypothek, dem eine Forderung des Gläubigers nicht gegenübersteht, als eine auflösend bedingte Eigentümergrundschuld anzusehen ist. Ob diese Eigentümergrundschuld gerade dem Gemeinschuldner zusteht, ist allerdings eine andere Frage, die nach den oben im Kapitel 9 entwickelten Grundsätzen beantwortet werden muß. Stellt es sich aber dann heraus, daß in der Tat der Gemeinschuldner, und nicht etwa einer seiner Rechtsvorgänger, Inhaber der Eigentümergrundschuld ist, so muß dieselbe auch zweifellos, wie jedes andere pfändbare Vermögensstück des Gemeinschuldners, zur Konkursmasse gerechnet werden. Zu diesem offenbar durchaus gerechten Ergebnisse gelangen wir von unserem Standpunkte aus ohne alle Schwierigkeit.

1) Vgl. Jaeger S. 401 Anm. 4 zu § 47.

Dagegen läßt sich dieses Ergebnis dann schwerlich rechtfertigen, wenn man mit den Vertretern der herrschenden Ansicht[2]) annimmt, daß die Höchstbetragshypothek bis zur endgültigen Feststellung der Forderung ausschließlich dem Gläubiger zustehe, und daß eine Eigentümergrundschuld erst durch diese Feststellung zur Entstehung gelangen könne. Bei folgerichtiger Durchführung dieser Ansicht kann von einer Eigentümergrundschuld des Gemeinschuldners, die zur Konkursmasse gezogen werden könnte, doch nur dann die Rede sein, wenn die endgültige Feststellung der Forderung bereits vor der Konkurseröffnung stattgefunden hat, dagegen dann nicht, wenn diese Feststellung erst im Laufe des Konkursverfahrens stattfindet, weil dies nach jener Ansicht zur Folge haben muß, daß auch die Eigentümergrundschuld erst im Laufe des Konkursverfahrens zur Entstehung gelangt. Es fallen aber nach § 1 Absatz 1 KO. nur diejenigen Vermögensbestandteile in die Konkursmasse, die dem Gemeinschuldner im Augenblicke der Konkurseröffnung gehören, während alles das, was er nachträglich erwirbt, zu seinem konkursfreien Vermögen gerechnet wird.

Die von uns bekämpfte Ansicht führt also, logisch durchgeführt, zu einem unbilligen Ergebnisse, da es nach ihr von einem bloßen Zufalle abhängt, ob die Eigentümergrundschuld des Gemeinschuldners den Konkursgläubigern zugute kommt, oder ob sie ihnen entzogen wird. Ein neuer Beweis dafür, wie bedenklich jene Ansicht ist, wenn man sie praktisch durchzuführen versucht.

13. Die Arresthypothek

Ein eigentümlicher Anwendungsfall der Höchstbetragshypothek, der im Gesetze eine besondere Regelung gefunden hat, muß hier noch etwas eingehender erörtert werden; es ist dies die im § 932 ZPO. geregelte Arresthypothek. Diese Hypothek entsteht auf folgende Weise: Zunächst muß der Gläubiger unter Beobachtung der Vorschriften der §§ 916 und 917 sowie 919—922 ZPO. einen Arrestbefehl erwirken. Er muß sodann, unter Vorlegung dieses Arrestbefehles, die Eintragung einer Sicherungshypothek für die im Befehle bezeichnete Forderung beim Grundbuchamte beantragen. In diesem Antrage muß das Grundstück, das mit der Arresthypothek belastet werden soll, genau bezeichnet werden (§ 28 GBO.). Dagegen fordert das Gesetz nicht, daß diese Bezeichnung bereits in dem Arrestgesuche und dementsprechend in dem Arrestbefehle selbst enthalten sei (§ 920 ZPO.)[1]) Bei der Eintragung ist der Geldbetrag, durch dessen Hinterlegung gemäß § 923 ZPO. die Vollziehung des Arrestes gehemmt wird, als der Höchstbetrag zu bezeichnen (§932 Absatz 1 ZPO.). Durch diese Eintragung gelangt die Arresthypothek zur Entstehung. Die Eintragung ist aber nur dann statthaft, wenn sie innerhalb zweier Wochen nach der Verkündigung des Arrestbefehles, oder aber nach dessen Zustellung an den betreibenden Gläubiger, beim Grundbuchamte beantragt worden ist (§§ 929 Absatz 2 und 932 Absatz 3 ZPO.). Ferner hängt ihre Wirksamkeit davon ab, daß die Zustellung des Arrestbefehles an den Schuldner — von deren Nachweis der Grundbuchrichter die Eintragung der Arrest-

2) Vgl. Aßbaß in JherJ. Bd. 50 S. 373 ff., insbesondere S 386; Oberneck in der LZ. I Jg S. 371 ff., insbesondere S. 377.

1) Vgl. Turnau-Foerster S. 1060; Oberneck S. 927; Willenbücher S. 642.

hypothek nicht abhängig machen darf (§ 929 Absatz 3 Satz 1 ZPO.) — rechtzeitig erfolgt, nämlich binnen einer Woche nach dem Antrage auf Eintragung, jedenfalls aber noch innerhalb der zuerst angegebenen zweiwöchigen Frist (§§ 929 Absatz 3 und 932 Absatz 3 ZPO.)

Darüber, welche Wirkung es hat, wenn die eine, oder die andere der genannten Fristen nicht eingehalten worden ist, gehen die Meinungen sehr auseinander. Soviel ist freilich sicher, daß nur im Falle eines Verstoßes gegen § 929 Absatz 2 ZPO. die Eintragung eines Widerspruches von Amtswegen gemäß § 54 Absatz 1 Satz 1 GBO. erfolgen kann, denn nur in diesem Falle hat „das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen," während eine Verletzung der im § 929 Absatz 3 ZPO. enthaltenen Vorschrift nur dem betreibenden Gläubiger zur Last fallen kann. Es fragt sich aber, ob es trotz der Verstöße gegen die gesetzlichen Vorschriften in dem einen oder in dem anderen Falle noch möglich ist, daß eine Eigentümergrundschuld gemäß § 868 ZPO. zur Entstehung gelangen kann.

Fuchs[2]) ist der Ansicht, die Möglichkeit der Entstehung einer Eigentümergrundschuld sei in keinem der beiden Fälle ausgeschlossen, während Seuffert[3]), ganz im Gegensatze hierzu, diese Möglichkeit für beide Fälle bestreitet. Wieder anders entscheidet Gaupp-Stein.[4]) Er ist der Meinung, eine Arresthypothek könne sich auch dann noch in eine Eigentümergrundschuld verwandeln, wenn ihre Eintragung erst nach dem Ablaufe der im § 929 Absatz 2 ZPO. vorgeschriebenen Frist beim Grundbuchamte beantragt worden sei[5]), dagegen sei bei einer Ueberschreitung der im § 929 Absatz 3 ZPO. festgesetzten Frist eine Umwandlung der unwirksamen Arresthypothek in eine Eigentümergrundschuld nicht mehr möglich.

Turnau-Förster[6]) endlich hält die Entstehung einer Eigentümergrundschuld in diesem Falle (§ 929 Absatz 3 ZPO.) für möglich, verneint diese Möglichkeit aber in jenem Falle (§ 929 Absatz 2 ZPO.).

Wir möchten uns Seufferts Ansicht anschließen. Es geht aus dem Gesetze mit hinlänglicher Deutlichkeit hervor, daß sowohl ein Verstoß gegen § 929 Absatz 2 ZPO. wie ein solcher gegen § 929 Absatz 3 ZPO. die Unwirksamkeit der eingetragenen Arresthypothek zur Folge hat. § 868 ZPO., der von der Umwandlung einer Zwangshypothek in eine Eigentümerhypothek handelt, und der nach § 932 Absatz 2 ZPO. auch bei der Arresthypothek Anwendung findet, setzt offenbar eine formgerechte und gültige Hypothek voraus, da es nicht der Zweck dieser Bestimmung sein kann, einem völlig unwirksamen Rechtsgebilde zur Wirksamkeit zu verhelfen.

An dieser Stelle muß kurz auf die Streitfrage eingegangen werden, ob § 868 ZPO. neben den §§ 1163 ff. BGB. gilt, oder ob er die Geltung dieser Paragraphen ausschließt. Für die erste Ansicht, der wir den Vorzug geben möchten, sprechen mit aller Deutlichkeit die Protokolle[7]), ferner haben

2) Vgl. Fuchs S. 637 f. Erl. 22 zu § 1190.
3) Vgl. Seuffert S. 637 Erl. 3 b zu § 932.
4) Vgl. Gaupp-Stein S. 776 Erl. II zu § 932.
5) Vgl. Oberneck S. 997 und 994.
6) Vgl. Turnau-Foerster S. 1061: Willenbücher S. 246 Erl. 11 zu § 1184; Güthe S. 411 Erl. 120 zu § 19.
7) Vgl. Prot. S. 706 ff.

sich auch mehrere Schriftsteller in diesem Sinne ausgesprochen.[8]) Eine größere Anzahl von Schriftstellern hat sich freilich für die entgegengesetzte Ansicht entschieden.[9])

Auch Turnau-Förster und Seuffert[10]) müssen hierher gerechnet werden, da diese beiden Schriftsteller wenigstens die Bestimmung des § 1163 Absatz 1 Satz 1 BGB. neben der des § 868 ZPO. nicht gelten lassen wollen. Darin ist ihnen allerdings beizustimmen, daß § 1163 Absatz 1 Satz 1 BGB. dann, wenn die Zwangshypothek auf einem rechtskräftigen Urteile beruht, nicht in Frage kommen kann, weil in diesem Falle die Möglichkeit, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt sei, völlig ausgeschlossen ist. Anders ist es dagegen, wenn die Zwangshypothek nur auf einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteile beruht, oder wenn gar eine Arresthypothek in Frage kommt, bei der von einer rechtskräftigen Feststellung der durch sie gesicherten Forderung keine Rede sein kann, da diese Forderung höchstens glaubhaft gemacht worden ist (§§ 920 Absatz 2 und 921 Absatz 2 ZPO.). Es ist nicht einzusehen, weshalb in diesem Falle die Bestimmung des § 1163 Absatz 1 Satz 1 BGB. nicht zur Anwendung gelangen sollte, wofern nur überhaupt die Bestimmungen des BGB. über die Entstehung einer Eigentümerhypothek neben der Vorschrift des § 868 ZPO. Geltung haben.

Bruck, einer der wichtigsten Vertreter der von uns bekämpften Ansicht, führt zur Begründung derselben aus: „Die Zwangsvollstreckung beruht auf einem vollstreckbaren Titel; dieser setzt zwar seinerseits einen materiellrechtlichen Anspruch voraus, führt aber eine von ihm völlig selbständige Existenz. Die Veränderungen, die jener erfährt, sind für ihn so lange unerheblich, bis sie . . . durch einen . . . richterlichen Spruch zur Geltung gebracht sind. Solange also die Zwangsvollstreckung nicht aufgehoben oder für unzulässig erklärt ist, besteht sie fort, selbst wenn der materiellrechtliche Anspruch schon längst untergegangen sein sollte."

Bruck übersieht dabei ganz, daß die Zwangshypothek nach § 866 Absatz 1 ZPO. stets eine Sicherungshypothek ist, was nach § 932 Absatz 1 ZPO. von der Arresthypothek ebenfalls gilt. Daraus folgt aber, daß der Gläubiger einer Zwangs- oder Arresthypothek diese nur dann geltend machen kann, wenn er das Vorhandensein der durch sie gesicherten Forderung beweist. (§§ 1184 Absatz 1 und 1190 Absatz 1 BGB.) Diese Hypotheken sind demnach als Gläubigerrechte in einem ganz besonderen Maße von dem Bestande der Forderung abhängig. Der vollstreckbare Titel und der Arrestbefehl können die fehlende Forderung keineswegs ersetzen, vielmehr besteht ihre Bestimmung lediglich darin, für die bei der rechtsgeschäftlichen Bestellung einer Hypothek notwendige Einigung einen Ersatz zu bieten. Auch dort kann durch Einigung und Eintragung allein eine wirksame Gläubigerhypothek nicht zustande gebracht werden; die Entstehung des Gläubigerrechtes — bei der Sicherungshypothek auch sein fernerer Bestand — hängt vielmehr durchaus davon ab, daß die durch die Hypothek gesicherte Forderung tatsächlich besteht. Ganz das gleiche muß von den Zwangs- und

8) Vgl. Planck S. 640 Erl. 6 d zu § 1163; Oberneck S. 675 f. und S. 995: Güthe S. 404 Erl. 108 zu § 19; Fischer-Schäfer S. 155.
9) Bruck S. 178 f.; Hachenburg S. 639; O. Colmar 14. Apr. 1905, Rspr. 11 S. 114 ff.; Predari S. 355 ff.; Gaupp-Stein S. 672 Erl. II zu § 868; Petersen S. 585 Erl. 2 zu § 868.
10) Vgl. Turnau-Foerster S. 1058; Seuffert S. 560 Erl. 3 zu § 868.

Arresthypotheken gelten, daher kann die Bestimmung des § 868 ZPO. nur neben den allgemeinen Bestimmungen der §§ 1163 ff. BGB. Anwendung finden.

Bei der Arresthypothek, zu der wir nun wieder zurückkehren, ist zum Schlusse noch eine Frage zu erörtern, die praktisch von der größten Bedeutung ist. Es ist die Frage, ob die Bestimmung des § 866 Absatz 3 ZPO. auf die Arresthypothek in gleicher Weise Anwendung findet, wie auf die Zwangshypothek, ob also nur solche Forderungen, die den Betrag von 300 Mark übersteigen, durch eine Arresthypothek gesichert werden können.

Diese Frage wird von der Rechtsprechung,[11]) sowie von der Mehrzahl der Schriftsteller[12]) unbedenklich bejaht. Die Vertreter dieser Ansicht begründen dieselbe folgendermaßen: Man könne aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes unschwer erkennen, daß durch § 866 Absatz 3 ZPO. ein Rechtsgrundsatz allgemeiner Art habe ausgesprochen werden sollen, der nämlich, daß der Grundbesitz vor einer Ueberlastung mit geringfügigen Zwangseintragungen bewahrt werden müsse. Nach diesem Grundsatze müsse aber ebensowohl bei der Arresthypothek wie bei der Zwangshypothek verfahren werden, da es systemwidrig sei, die Arrestvollziehung, die sich als eine vorausgenommene Zwangsvollstreckung darstelle, in diesem Punkte anders zu behandeln.

Es fehlt allerdings auch nicht an Vertretern der Ansicht, daß die Vorschrift des § 866 Absatz 3 ZPO. für die Arresthypothek keine Geltung habe.[13]) Zur Begründung dieser Ansicht wird geltend gemacht: es spreche für sie insbesondere der Umstand, daß § 932 ZPO. in seinem zweiten Absatze die §§ 867 und 868 ZPO. ausdrücklich erwähnt, während er des § 866 Absatz 3 ZPO. mit keinem Worte gedenkt. Allerdings sei diese Bestimmung erst durch die Reichstagskommission in das Gesetz gekommen und es sei daher leicht möglich, daß man es in der Eile übersehen habe, sie auch bei der Arresthypothek für anwendbar zu erklären. Diese bloße Möglichkeit gebe aber noch kein Recht, eine derartige Ausnahmevorschrift, wie hier in Frage stehe, ausdehnend zu interpretieren. Dazu sei man umsoweniger berechtigt, weil es wohl begründet sei, daß für die Arrestvollziehung in diesem Punkte etwas anderes gelte, als für die Zwangsvollstreckung. Wenn es sich darum handele, die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück zu betreiben, so ständen dem Gläubiger verschiedene Wege offen, er könne eine Sicherungshypothek eintragen lassen, er könne aber auch die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung des Grundstückes beantragen. Ganz anders verhalte es sich mit der Arrestvollziehung in ein Grundstück, hier sei nur die Eintragung einer Arresthypothek möglich, die beiden anderen Wege seien hier verschlossen. Die Anwendung des § 866 Absatz 3

11) Vgl. RG. 60 S. 279 ff., 15. März 1905; Beschl. des Kammergerichts vom 8. März 1900 im ZBlFG. Bd. 1 S. 86 ff.; KGJ 20 A S. 115 ff., 2. April 1900; O. Dresden 15. Okt. 1901, Rspr. 3 S. 440.

12) Vgl. Planck S. 692 f. Vorbemerkung vor § 1184—1190 Erl. 3 d; Dernburg S. 679 § 245 II; Hachenburg S. 639; Meisner 281 Erl. 4 zu § 1190; Kretzschmar „Einführung" S. 249; Turnau-Foerster S. 1059; Oberneck S. 996; Güthe S. 409; Scherer in der JW. 1901 S. 299; Seuffert S. 637 Erl. 3 c zu § 932; Petersen S. 578 f. Erl. 3 c zu § 866; Fischer-Schäfer S. 164 Erl. 3 zu § 932; Böckel S. 41.

13) Vgl. Endemann S. 843 Anm. 55 zu § 126; Speiswinkel im ZBlFG. Bd. 1 S. 952 ff.; Loewy in der JW. 1900 S. 483; Delius in der DJZ. 1901 S. 178; Gaupp-Stein S. 776 f. Erl. II c zu § 932; Struckmann-Koch S. 352 Erl. 3 c zu § 932.

ZPO. auf die Arresthypothek werde daher zur Folge haben, daß die Gläubiger kleinerer Forderungen das wirksamste Sicherungsmittel für ihre Ansprüche durchaus entbehren müßten, was insbesondere im Falle des § 782 ZPO., der die Sicherung von Forderungen die gegen einen Nachlaß gerichtet sind, zum Gegenstande hat, verhängnisvoll werden könne.

Trotz aller dieser Gründe möchten wir der herrschenden Ansicht den Vorzug geben. § 866 Absatz 3 ZPO. enthält, worauf das Reichsgericht in dem oben erwähnten Urteile aufmerksam macht, eine allgemeine Bestimmung über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek. Die Vorschrift findet infolgedessen gemäß § 928 ZPO. auch auf die Arrestvollziehung Anwendung, „soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten." Nun wird allerdings die Arresthypothek durch § 932 ZPO. besonders geregelt, diese Regelung bezieht sich aber lediglich auf die Art und Weise der Vollziehung des Arrestes durch Eintragung einer Hypothek, dagegen nicht darauf, in welchem Umfange eine derartige Eintragung zulässig ist. Es ist daher nicht erlaubt, aus der Tatsache, daß § 932 Absatz 3 ZPO. den § 866 Absatz 3 ZPO. nicht erwähnt, den Schluß zu ziehen, daß diese Vorschrift für die Arresthypothek keine Geltung habe.

IV. Uebergangsbestimmungen.

Zum Schlusse muß hier noch die Einwirkung der Bestimmungen unseres BGB. auf die Kautionshypotheken des früheren Rechtes betrachtet werden. Dabei kann es sich allerdings nur um eine kurze Erörterung der hier einschlagenden Verhältnisse in den wichtigsten Bundesstaaten handeln, da dies Kapitel sonst allzu umfangreich werden würde.

In Preußen gilt eine Kautionshypothek des früheren Rechtes nach Artikel 192 EG. z. BGB. vom Augenblicke der Grundbuchanlegung an als Höchstbetragshypothek des neuen Rechtes. Dies ist aber nur insoweit der Fall, als die Kautionshypothek in jenem Zeitpunkte wirklich besteht. Dazu genügt es nicht, daß sie lediglich im Grundbuche noch nicht gelöscht worden ist, es muß vielmehr auch das Rechtsverhältnis, zu dessen Sicherung sie dient, noch fortdauern. Die Kautionshypothek des bisherigen preußischen Rechtes war nicht, wie unsere Höchstbetragshypothek, ein unbedingtes Realrecht, sie war vielmehr eine bedingte Hypothek, die in ihrem Bestande davon abhing, daß die Möglichkeit der Entstehung neuer durch sie gesicherter Forderungen noch vorhanden war. Steht es daher im Augenblicke der Grundbuchanlegung fest, daß überhaupt keine Forderungen mehr zur Entstehung gelangen können, oder daß sie doch einen gewissen Betrag nicht mehr übersteigen können, so ist die Hypothek, insoweit die Entstehung neuer Forderungen ausgeschlossen ist, ein unwirksames Hypothekenrecht, und daher nicht mehr verwandlungsfähig. [1])

Die Verwandlung einer Kautionshypothek des früheren preußischen Rechtes in unsere Höchstbetragshypothek hat praktisch vor allen Dingen

1) Vgl. KGJ. 21 A S. 153 f., 5. Nov. 1900: RG. 52 S. 59 ff., 21. Juni 1902; RG. 52 S. 111 ff.. 2. Juli 1902; O. Posen 25. Sept. 1902, Rspr. 4 S. 194 ff.; Stegmann bei Gruchot Bd. 46 S. 322 ff.; Jaeckel im ZBlFG. Bd. 4 S. 286; Planck VI Bd. S. 388 Erl. 4 b zu Art. 192; Fuchs S. 624 Erl. 24 zu § 1190; Habicht S. 474; Bruck S. 161 ff ; Oberneck S 965 § 158 No. 13; Predari S. 250; Willenbücher S. 410.

die Bedeutung, daß nunmehr derjenige Teil der Hypothek, dem Forderungen des Gläubigers nicht gegenüberstehen, zur Eigentümergrundschuld wird, was früher nicht möglich war, da § 67 des Eigentumserwerbsgesetzes ausdrücklich bestimmte, daß die die Eigentümerhypothek betreffenden Vorschriften der §§ 63—66 des gleichen Gesetzes auf die Kautionshypothek keine Anwendung finden sollten.[2])

Es fragt sich, welchem Eigentümer die nach § 1163 Absatz 1 Satz 1 BGB. bei der neuen Höchstbetragshypothek möglicherweise von vorne herein vorhandene Eigentümergrundschuld zusteht, ob demjenigen, der die Hypothek unter der Herrschaft des früheren Rechtes bestellt hat, woran man zunächst denken könnte, oder demjenigen, der im Augenblicke der Verwandlung Eigentümer ist. Das Reichsgericht hat sich mit gutem Grunde dafür entschieden, daß nur der zuletzt bezeichnete Eigentümer in Frage kommen kann, da das Gesetz, daß die Verwandlung anordnet, keine rückwirkende Kraft hat.[3])

Wesentlich anders als in Preußen liegen die Verhältnisse in Sachsen.[4]) Allerdings verwandeln sich auch hier die nach §§ 390—393 des Sächsischen BGB. errichteten Kautionshypotheken mit dem Inkrafttreten des neuen Grundbuchrechtes in Höchstbetragshypotheken. Dagegen gilt von den zahlreichen „Kosten-Kautionshypotheken" und „Kosten-Anhangshypotheken" nicht dasselbe. Diese Hypotheken können sich deshalb nicht in Höchstbetragshypotheken verwandeln, weil sie nach dem früheren Rechte keine selbständigen Hypotheken waren. „Die Kosten-Kautionshypotheken" dienten zur Sicherung der „Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung." Diese Hypotheken müssen mit dem Inkrafttreten des neuen Hypothekenrechtes alle Bedeutung verlieren, da die Haftung des Grundstückes für diese Kosten durch § 1118 BGB. allgemein angeordnet wird, ohne daß es zur Verwirklichung dieser Haftung einer besonderen Eintragung neben der Eintragung des Hauptanspruches bedürfte. Dagegen bleiben die sogenannten „Kosten-Anhangshypotheken", die zur Sicherung weitergehender Kostenansprüche des Gläubigers dienten, auch nach heutigem Rechte bestehen, sie können sich aber ebensowenig, wie die „Kosten-Kautionshypotheken" in Höchstbetragshypotheken verwandeln, mit der Aussicht, nach dem Erlöschen des durch sie gesicherten Anspruches zu Eigentümergrundschulden zu werden, weil dieser Anspruch nur unselbständige Nebenleistungen im Sinne des § 1115 Absatz 1 BGB. betrifft.

Man sollte annehmen, daß von den bayrischen „Zinsen- und Kostenkautionen", die den sächsischen „Kostenkautionshypotheken" in manchen Punkten ähnlich sind, dasselbe gelten müsse, wie von diesen. Tatsächlich hat aber sowohl das Bayrische Oberste Landesgericht, wie auch das Reichsgericht angenommen, daß die genannten bayrischen Hypotheken selbständige Realrechte sind, und daß sie sich demgemäß auch in Höchstbetragshypotheken des BGB. verwandeln können.[5]) Diese Verwandlung hat zur Folge, daß nunmehr derjenige Betrag der bisherigen „Zinsen- und Kostenkautionen", auf den der Gläubiger keinen Anspruch hat, dem Eigentümer als

2) Vgl. RG. 49 S. 163 ff., 6. Nov. 1901.
3) Vgl. RG. 48 S. 48, 2. März 1901; RG. 51 S. 398, 31. Mai 1902; Planck VI. Bd. S. 387 Erl. 3 zu Art. 192; Bruck S. 222 Anm. 8.
4) Vgl. Bruck S. 161 ff.; Reinhard im ZBlFG. Bd. 2 S. 467 ff.; Oberneck S. 714 f.; O. Dresden 14. Juli 1905, Rspr. 12 S. 293.
5) Vgl. RG. 61 S. 374 ff., 18. Okt. 1905; Dandl in der BayNotZ. 1905 S. 116 ff.

Eigentümergrundschuld zufällt. Dadurch wird das Aufrücken der Nachhypothekare ausgeschlossen, mit dem früher durchaus gerechnet werden konnte, weil das bisherige bayrische Recht das Institut der Eigentümergrundschuld nicht kannte. Dieser Erfolg ist für die Gläubiger der nachstehenden Hypotheken deshalb ganz besonders bedenklich, weil die „Zinsen- und Kostenkautionen" der Regel nach 10 % des Hauptanspruchs ausmachen.

Da man in Bayern von der Befugnis des Artikels 194 EG. z. BGB., wonach hätte bestimmt werden können, daß eine erst infolge der neuen Grundbuchgesetzgebung entstandene Eigentümergrundschuld zugunsten der Gläubiger der nachstehenden Hypotheken gelöscht werden müsse, vor der Anlegung des Grundbuches nicht hinlänglich Gebrauch gemacht hatte, so trat eine derartige Beunruhigung der bayrischen Kreditgeber ein, daß Abhülfe dringend geboten war. Diese Abhülfe hat das Reichsgesetz vom 17. März 1906 „betreffend die Ueberleitung von Hypotheken des früheren Rechtes" gebracht.[6]) Das Gesetz bestimmt: „Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, daß ein zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, an einem Grundstücke bestehendes Pfandrecht, das zur Sicherung künftiger Ansprüche auf Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen neben dem Pfandrechte für die Hauptforderung bestellt worden ist, erlischt, wenn es sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt.

Diese Bestimmung kann auch nach dem Zeitpunkte, zu welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, getroffen werden.

Sie kann dahin erweitert werden, daß Hypotheken der bezeichneten Art, die sich schon mit dem Eigentum in einer Person vereinigt haben, als im Zeitpunkte der Vereinigung erloschen gelten."

Dieses Gesetz, das selbst davor nicht zurückscheut, in wohlerworbene Rechte einzugreifen, hat die Landesgesetzgebung in Bayern und in anderen Bundesstaaten, in denen ähnliche Mißstände herrschen, in den Stand gesetzt, die schlimmsten Uebelstände zu beseitigen.

---

6) Vgl. RGBl. 1906 S. 429.

Verzeichnis der benutzten Schriften,

gleichzeitig

Verzeichnis der angewandten Abkürzungen.

Diejenigen Abkürzungen, die in der Litteratur so häufig angewandt werden, daß sie als allgemein bekannt vorausgesetzt werden dürfen, sind nicht besonders erwähnt.

Achilles-Strecker = Achilles und Strecker, Die Grundbuchordnung nebst den preußischen Ausführungsbestimmungen. 1901.
ArchBR. = Archiv für Bürgerliches Recht.
BayNotZ. = Zeitschrift für das bayrische Notariat und die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern.
Best = Best, Das Grundbuch- und Hypothekenrecht der neuen bürgerlichen Gesetzgebung für das Deutsche Reich. 1896.
Biermann = Biermann, Das Sachenrecht des BGB. 2. Aufl. 1903.
Boeckel = Boeckel, Die Sicherungshypothek. Jenenser Dissertation. 1901.
Boehm = Boehm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. 1898.
Bruck = Bruck, Die Eigentümerhypothek. 1903.
Cohn = Richard Cohn, Die Kautionshypothek des BGB. Leipziger Dissertation. 1902.
Crome = Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. III. Bd. 1905.
Dernburg = Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. III. Bd. 2. Aufl. 1901.
DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
Eck-Leonhard = Vorträge über das Recht des BGB. von Eck, fortgeführt von Leonhard. II. Bd. 1. und 2. Aufl. 1904.
Endemann = Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 8. und 9. Aufl. 1905.
ElsLothZ. = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
Fahle = Fahle, Die ungebuchte Eigentümerhypothek. Münsterische Dissertation. 1906.
Fischer-Schäfer = Fischer und Schäfer, Die Gesetzgebung betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reiche und in Preußen. 1902.
Fuchs = Fuchs, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des BGB. und zur GBO. I. Bd. 1902.
Gaupp-Stein = Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, auf der Grundlage des Kommentars von Gaupp erläutert von Stein. II. Bd. 6. und 7. Aufl. 1904.
Gierke = Gierke, Deutsches Privatrecht. II. Bd. 1905.

Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
Güthe = Güthe, Die GBO. I. Bd. 1905.
Habicht = Habicht, Die Einwirkungen des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. 2. Aufl. 1900.
Hachenburg = Hachenburg, Das BGB. für das Deutsche Reich. Vorträge. 2. Aufl. 1900.
Hecking = Hecking, Die Maximalhypothek des BGB. für das Deutsche Reich. Leipziger Dissertation 1902
Heinsheimer = Heinsheimer, Das Deutsche BGB. mit seinen Nebengesetzen und das badische Recht. I. Bd. 2. Aufl. 1901.
Holdheims MSchr. = Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen.
Horn = Horn, Die Eigentümerhypothek. 1906.
Jaeckel = Jaeckel, Kommentar zum ZwVG. 2. Aufl. 1904.
Jaeger = Jaeger, Kommentar zur KO. 2. Aufl. 1904.
JherJ. = Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, herausgegeben von Johow und Ring.
Kindel = Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek. In der „Festgabe für Richard Koch". 1903.
Kleinfeller = Kleinfeller, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 1905.
Kober = Kommentar zum BGB. herausgegeben von Staudinger. III. Bd., bearbeitet von Kober. 2. Aufl. 1903.
Kretzschmar = Kretzschmar, Das Sachenrecht des BGB. 1906.
Kretzschmar „Einführung" = Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht. I. Bd. 1902.
Kuhlenbeck = Kuhlenbeck, Handkommentar zum BGB. II. Bd. 2. Aufl. 1903.
Landsberg = Landsberg, Das Recht des BGB. vom 18. Aug. 1896. 1904.
Lehmann = Enneccerus und Lehmann, Das Bürgerliche Recht. II. Bd. 2. Aufl. 1901.
LZ. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
Maenner = Maenner, Das Sachenrecht nach dem BGB. und der GBO. für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1906.
Matthiaß = Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 3. Aufl. 1900.
v. Meibom = v. Meibom, Das Mecklenburgische Hypothekenrecht. 1871.
Meisner = Meisner, Kommentar zum BGB. III. Bd. 1901.
Mot. = Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich. III. Bd.
Neumann = Neumann, Handausgabe des BGB., I. Bd. 4. Aufl. 1905.
O. = Oberlandesgericht.
Oberneck = Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. I. Bd. 3. Aufl. 1904.
Petersen = Petersen, Kommentar zur ZPO. 5. Aufl. 1906.
Planck = Planck, BGB. nebst EG. III. Bd. 3. Aufl. 1906.
Planck I. Bd. = Planck, BGB. nebst EG. I. Bd. 3. Aufl. 1903.

Planck VI. Bd. = Planck, BGB. nebst EG VI. Bd. 3. Aufl. 1905.
PosJMSchr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen.
Predari = Predari, Die GBO. 1907.
Prot. = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. III. Bd.
Recht = Das Recht. Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Regelsberger = Regelsberger, Das Bayrische Hypothekenrecht. 3. Aufl. 1897.
Reincke = Reincke, Kommentar zur ZPO. 5. Aufl. 1904.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RGBl. = Reichsgesetzblatt.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zusammengestellt vom Reichsjustizamt.
Roth = Roth, System des Deutschen Privatrechts. III. Bd. 1886.
Rspr. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
SächsArch. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
Schilde = Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs nach neuem Deutschen Reichsrecht. Leipziger Dissertation. 1899.
Schmidt = Richard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. 1906.
Schöller = Schöller, Die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung. 1899.
Schröder = Schröder, Grundbuchentscheidungen.
Seuffert = Seuffert, Kommentar zur ZPO. II. Bd. 9. Aufl. 1905.
Siegmann = Siegmann, Das königlich Sächsische Hypothekenrecht nach dem BGB. für das Königreich Sachsen. 1875.
Siméon = Siméon, Lehrbuch der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit. 3. und 4. Aufl. 1907.
Staub = Staubs Kommentar zum HGB. 8. Aufl. 1906.
Struckmann-Koch = Struckmann und Koch, Kommentar zur ZPO. 2. Bd. 8. Aufl. 1901.
Turnau-Foerster = Turnau und Foerster, Das Liegenschaftsrecht nach den Deutschen Reichsgesetzen und den Preußischen Ausführungsbestimmungen. I. Bd. 3. Aufl. 1906.
Weismann = Weismann, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. II. Bd. 1905.
Willenbücher = Willenbücher, Das Liegenschaftsrechts des BGB. und die Reichsgrundbuchordnung. 1904.
Wolff = Wolff, Kommentar zum ZwVG. 2. Aufl. 1901.
ZblFG. = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.
ZDNV. = Zeitschrift des Deutschen Notar-Vereins.
ZivA. = Archiv für die zivilistische Praxis.